

*Jurisdicción universal sobre crímenes internacionales
Su aplicación en España*

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO**

***Jurisdicción universal sobre crímenes internacionales
Su aplicación en España
Tesis doctoral***

**Jacqueline Hellman Moreno
Bajo la dirección del Dr. Antonio Remiro Brotons
Madrid, 2011**

Agradecimiento:

Al director de la presente tesis, el Profesor Doctor D. Antonio Remiro Brotons, mi más profunda gratitud por su tiempo, paciencia y dedicación. Muchas gracias Profesor Brotons por el privilegio de haber estado bajo su tutela académica durante estos años.

Índice:

Capítulo primero:

**Soberanía de los Estados y su reflejo en el ejercicio de la jurisdicción penal
(pág. 15)**

- I. Nociones básicas relativas al concepto de soberanía.....pág. 17
 - 1. 1. *Antecedentes y rasgos generales de la soberanía*.....pág. 18
 - 1. 2. *Los tres distintos ámbitos del concepto actual de soberanía*.....pág. 24
- II. La soberanía bajo el amparo y la evolución del Derecho Internacional.....pág. 25
 - 2. 1. *Concepto actual de la soberanía fruto de las contrariedades de la política internacional*.....pág. 29
 - 2. 2. *¿Asistencia humanitaria como límite de la soberanía?*.....pág. 32
- III. Dimensión territorial y atisbos de una dimensión extraterritorial de la soberanía.....pág. 37
 - 3. 1. *Alcance de la legalidad de la jurisdicción extraterritorial*.....pág. 43
 - a. *¿En qué consiste la actividad jurisdiccional extraterritorial de un Estado?*.....pág. 47
 - b. *¿Existencia de títulos habilitadores que legitiman el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial?*.....pág. 48

Capítulo segundo:

Principio de jurisdicción universal (pág. 54)

- I. Breves consideraciones en torno al principio de jurisdicción universal.....pág. 58
- II. Evolución histórica del principio de jurisdicción universal y su regulación por el Derecho Internacional.....pág. 61

2. 1. <i>Los orígenes del principio de jurisdicción universal: la piratería como supuesto clásico</i>	pág. 61
2. 2. <i>Las consecuencias normativas de la Segunda Guerra Mundial</i>	pág. 66
a. La primera expresión del principio de jurisdicción universal con la constitución del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg.....	pág. 66
b. Los efectos de los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977.....	pág. 74
c. La peculiaridad del principio de jurisdicción universal en los convenios surgidos tras la Segunda Guerra Mundial.....	pág. 83
III. <u>Rasgos esenciales, alcance y límites del principio de jurisdicción universal</u>	pág. 87
3. 1. <i>La aceptación convencional y doctrinal del principio de jurisdicción universal</i>	pág. 87
3. 2. <i>El principio aut dedere aut iudicare</i>	pág. 89
3. 3. <i>El principio ne bis in idem y el carácter subsidiario del principio de jurisdicción universal</i>	pág. 95
3. 4. <i>¿Existencia de una jurisdicción universal pura o in absentia?</i>	pág. 99
IV. <u>Breves apuntes acerca del principio de jurisdicción universal como elemento fundamental de justicia</u>	pág. 110

Capítulo tercero:

Los crímenes del Derecho Internacional como objeto material del principio de jurisdicción universal (pág. 114)

I. <u>El principio de jurisdicción universal como paradigma de la persecución de delitos especialmente odiosos y atentatorios contra la humanidad y/o comunidad internacional</u>	pág. 115
II. <u>Las peculiaridades de los crímenes sujetos al Derecho Internacional</u>	pág. 117

2. 1. <i>El genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión, constituyen la base de la aplicación del principio de jurisdicción universal</i>	pág. 119
a. El genocidio.....	pág. 123
b. Crímenes contra la humanidad.....	pág. 135
c. Crímenes de guerra.....	pág. 143
d. Crimen de agresión.....	pág. 149
2. 2. <i>Otros delitos graves que han llevado a la adopción de medidas estatales represivas</i>	pág. 158
a. Tortura.....	pág. 159
b. Desaparición forzosa de personas.....	pág. 163
c. Ejecuciones extrajudiciales.....	pág. 165
d. Terrorismo internacional.....	pág. 167
III. <u>La regulación española de los crímenes de Derecho Internacional: artículo 607 y siguientes del Código Penal español</u>	pág. 172
a. Delito de genocidio (artículo 607).....	pág. 172
b. Los delitos de lesa humanidad (artículo 607 <i>bis</i>).....	pág. 174
c. Los crímenes de guerra (artículo 609).....	pág. 177

Capítulo cuarto:

La aplicación del principio de jurisdicción universal en la práctica judicial española (pág. 179)

I. <u>Sucintas apreciaciones en torno a la nueva y vieja regulación española en materia de jurisdicción universal</u>	pág. 180
1. 1. <i>Contenido y alcance normativo del viejo artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial</i>	pág. 185

II. <u>Jurisprudencia relevante en la aplicación del precepto legal 23.4 de la LOPJ</u>	pág. 190
2. 1. <i>La primigenia invocación del principio de jurisdicción universal</i>	pág. 191
a. Auto de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 1998 por el que se considera competente la justicia española para perseguir delitos de genocidio, torturas y terrorismo cometidos en Argentina.....	pág. 191
b. Auto de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 1998 por el que se considera competente la justicia española para perseguir delitos de genocidio, torturas y terrorismo cometidos en Chile.....	pág. 202
2. 2. <i>Vaivenes jurisprudenciales del principio de jurisdicción universal</i> ...	pág. 215
i. El asunto <i>Guatemala</i>	pág. 217
a. Auto de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000.....	pág. 217
b. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003.....	pág. 222
c. Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005.....	pág. 231
ii. El asunto <i>Cavallo</i>	pág. 240
2. 3. <i>Consagración del principio de jurisdicción universal: Scilingo</i>	pág. 246
a. Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005.....	pág. 246
b. Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007.....	pág. 258
2. 4. <i>Otros procesos relevantes</i>	pág. 267
i. Aplicación del principio de universalidad en sentido <i>estricto</i>	pág. 269
a. Tíbet y <i>Falun Gong</i>	pág. 269
b. Investigación por genocidio y delitos de lesa humanidad ocurridos en Lhasa (2008).....	pág. 272
c. Bombardeo en Gaza.....	pág. 274

- d. Los graves delitos perpetrados por las autoridades marroquíes en el
Sáhara Occidental.....pág. 277
- ii. Aplicación *no estricta* del principio de universalidad (procesos con
conexiones relevantes con España).....pág. 278
 - a. Genocidio en Ruanda.....pág. 278
 - b. La muerte en Irak del periodista español José Couso.....pág. 282
 - c. Los vuelos de la Agencia Central de Inteligencia (CIA) y
Guantánamo.....pág. 286
 - d. Las víctimas españolas del Holocausto nazi.....pág. 290
 - e. Los graves crímenes de Guatemala.....pág. 292
 - f. Los crímenes de El Salvador en 1989.....pág. 293

Capítulo quinto:

La reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (pág. 294)

- I. Dos hitos importantes en la configuración del actual artículo 23.4 de la
Ley Orgánica del Poder Judicial.....pág. 295
 - 1. 1. *La Ley Orgánica 18/2003 de Cooperación con la Corte Penal
Internacional*.....pág. 295
 - 1. 2. *La Ley Orgánica 1/2009: su tramitación parlamentaria y los motivos
de su aprobación*.....pág. 297
- II. Más sombras que luces en el actual artículo 23.4 de la Ley Orgánica del
Poder Judicial.....pág. 306
 - 2. 1. *El repliegue del principio de jurisdicción universal en nuestro
ordenamiento jurídico*.....pág. 312

2. 2. Las acibaradas vicisitudes de la vigente regulación contenida en la <i>Ley Orgánica del Poder Judicial</i>	pág. 315
2. 3. Conclusiones.....	pág. 318
III. <u>Posición actual de ciertos países en torno al principio de universalidad</u>	pág. 321

Capítulo seis:

La Corte Penal Internacional y la competencia universal (pág. 336)

I. <u>¿Competencia universal en la CPI?</u>	pág. 339
II. <u>El principio de complementariedad de la CPI</u>	pág. 344
III. <u>¿Sincera voluntad de España de cooperar con la CPI?</u>	pág. 356

Capítulo siete:

Inmunidades de jurisdicción y la justicia universal (pág. 362)

I. <u>Consideraciones relevantes acerca de la inmunidad de jurisdicción</u>	pág. 365
II. <u>La inmunidad de los altos representantes estatales</u>	pág. 370
2. 1. <i>La inexistencia de inmunidad de los ex dirigentes estatales</i>	pág. 370
2. 2. <i>La inmunidad de los dirigentes estatales en ejercicio</i>	pág. 373

Conclusiones (pág. 384)

Bibliografía (pág. 390)

Lista de abreviaturas:

ADI	Anuario de Derecho Internacional
AFR	Front Patriotique Rwandais
AGNU	Asamblea General de Naciones Unidas
AJIL	American Journal of International Law
AMDI	Anuario Mexicano del Derecho Internacional
APR	Armée Patriotique Rwandaise
ARIEL	Austrian Review of International and European Law
BMDC	Boletín Mexicano de Derecho Comparado
BNG	Bloque Nacionalista Galego
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CES	Consejo Económico y Social
CIA	Agencia Central de Inteligencia
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CIJL	Cornell International Journal Law
CJI	Cuadernos de Jurisprudencia Internacional
CJIL	Chicago Journal International Law
CNI	Centro Nacional de Inteligencia
COLADIC	Consejo Latinoamericano de Estudiosos de Derecho Internacional y Comparado
CONADEP	Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas
CPI	Corte Penal Internacional

CPJI	Corte Penal de Justicia Internacional
CWILJ	California Western International Law Journal
EJIL	European Journal of International Law
EPE	Estudios de Política Exterior
ERC	Esquerra Republicana de Catalunya
ESIL	European Society of International Law
ESMA	Escuela de Mecánica de la Armada
FRIDE	Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior
GLJ	German Law Journal
ICLR	International Criminal Law Review
IILJ	Institute of International Law and Justice
IRPL	International Review of Penal Law
ISLR	International Student Law Review
IU-ICV	Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds
JFA	Journal Foreign Affairs
JICJ	Journal of International Criminal Justice
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
NJIL	Nordic Journal of International Law
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de Naciones Unidas
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
PCI	Papeles de Cuestiones Internacionales
PILR	Pace International Law Review
PNV	Partido Nacionalista Vasco
PS	Political Studies

RCD	Revista Chileno de Derecho
RD	Revista de Derecho
RDUV	Revista de Derecho Universitat de València
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
REDI	Revista Española de Derecho Internacional
REDM	Revista Española de Derecho Militar
REEI	Revista de Electrónica de Estudios Internacionales
REJ	Revista de Estudios Jurídicos
REJES	Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales
REP	Revista de Estudios Políticos
RGDP	Revista General de Derecho Penal
RICR	Revista Internacional de la Cruz Roja
RJSNE	Revista Jurídica y de Ciencias Sociales Nueva Época
RJUIPR	Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico
RMJ	Revista Mexicana de Justicia
RO	Revista de Occidente
StPO	Strafprozessordnung
SYIL	Spanish Yearbook of International Law
TESL	Tribunal Especial para Sierra Leona
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia
UA	Unión Africana

VJILA

Virgina Journal of International Law Association

VStGB

Völkerstrafgesetzbuch

Motivación:

Vivimos en un mundo, en un sistema, que, a poco que uno se pare a pensar, se advierte está tremendamente deshumanizado; envuelto, de algún modo, en un proceso de descomposición preocupante. Ante tales circunstancias, contemplar el concepto primario de *justicia* en el seno de las relaciones internacionales es una tarea harto compleja; éstas constituyen un maremágnum difícil de asimilar, con mezcla a gran escala de pugnas territoriales, luchas de poder y, sobre todo, intereses económicos globales. Nos movemos en un escenario en el que pocos Estados están dispuestos a ceder su soberanía y donde llegar a acuerdos globales en el ámbito de la defensa y protección de los derechos y valores esenciales es algo poco frecuente.

Un hecho significativo, además, es que algunos actores de importancia capital en la geopolítica planetaria, como el caso de Estados Unidos o China, no están por la labor de otorgar a la *justicia* un papel destacado y prioritario. Todo esto nos lleva a casos tan flagrantes como el de Pinochet o la dictadura de Videla en Argentina, las víctimas del franquismo en España o los terribles sucesos acaecidos en la antigua Yugoslavia; en definitiva, situaciones cuya gravedad no es discutible y atrocidades -perpetradas fundamentalmente por dirigentes políticos y militares- que el concierto internacional conoce a la perfección y a las que se ha dado suficiente amparo mediático y que, paradójicamente, han supuesto un inmejorable escaparate histórico donde apreciar la impunidad en la que han quedado sus principales causantes.

No obstante, pese al desolador panorama esbozado en los párrafos anteriores, hay que señalar que en los últimos años ha aumentado sensiblemente el compromiso de la comunidad internacional a favor de la primacía de los derechos humanos fundamentales. La constitución y el funcionamiento de la Corte Penal Internacional es un signo inequívoco de este compromiso de los Estados en la persecución y sanción de crueles ilícitos, aunque sus carencias muestran que la lucha supranacional si bien es relevante, es también insuficiente, requiriendo así la actuación -nada desdeñable- de los jueces nacionales con el propósito de no dar cuartel a la impunidad. Ello nos conduce, irremisiblemente, al principio de jurisdicción *universal*, el cual se erige como una útil herramienta para los jueces nacionales que pretenden dar castigo a los más graves crímenes que con tanta frecuencia asuelan la humanidad.

A mi modo de ver, el principio de *justicia universal* es una "pequeña llave" apta para abrir las jurisdicciones nacionales al conocimiento de crímenes internacionales, lo que sería, a gran escala, el sustituto de un eficaz tribunal supranacional capaz de llevar la *justicia* a cada rincón del planeta. De esta manera, si el poder judicial doméstico de todos los Estados permitiera juzgar acciones perpetradas más allá de sus fronteras y al margen de la nacionalidad de los sujetos involucrados en un grave hecho delictivo, no sería tan sencillo para los responsables cometer crímenes, ya que sus acciones serían, antes o después, castigadas. En este contexto, el principio de *universalidad* resulta plenamente operativo. Adviértase que la particularidad del mismo estriba en que no requiere vínculo de conexión alguno con el Estado que pretende poner fin a trágicos hechos. La importancia de éste es, pues, incuestionable.

No deja de ser penoso que la inmensa mayoría de los grandes sátrapas de la historia no hayan pasado por el "amargo trago" de un proceso justo en el que poner sobre la mesa la verdad de sus miserables conductas. Consecuentemente, la semilla de mi investigación y de la elaboración de la presente tesis doctoral es denunciar, mediante un análisis exhaustivo, la importancia del principio de *justicia universal* entendido como un válido instrumento jurídico que habilita a los jueces nacionales a perseguir los crímenes más execrables.

En este orden de ideas, el presente trabajo hará particular referencia al ejercicio del citado principio en el ámbito de la práctica judicial española, lo que nos trasladará al artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la medida en que es esta disposición legal la que otorga competencia a nuestros tribunales para que conozcan y juzguen actos delictivos graves cometidos por españoles y/o por extranjeros fuera del territorio nacional. En definitiva, me centraré en el citado artículo, ya que a través del mismo los jueces de la Audiencia Nacional se han arrogado la competencia para investigar y enjuiciar delitos que afectan al conjunto de la humanidad.

Así las cosas, no quedará otro remedio que examinar la desafortunada Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la LOPJ. Haré especial hincapié en la redacción del actual artículo 23.4 y concluiré que, de alguna manera, éste "edulcora" los términos del principio de jurisdicción *universal* contemplado, tradicionalmente, en el ordenamiento jurídico español, puesto que las nuevas condiciones que incorpora hacen que su aplicación no

dependa ya de la gravedad de los ilícitos en sí, sino del cumplimiento de requerimientos adicionales; unos requerimientos tan ambiguos como desmoralizadores, máxime si se toma en consideración que la nueva Ley fue aprobada como consecuencia de las fuertes presiones ejercidas por Estados poderosos que, temiendo una posible aplicación extraterritorial de la Ley Penal española, idearon todo tipo de estrategias para convencer al ejecutivo español en lo apropiado de una regulación benévola y condescendiente para los grandes criminales. De alguna manera, la reciente actuación del gobierno español se puede resumir en una memorable frase del humorista Groucho Marx: «Estos son mis principios. Si a usted no le gustan, tengo otros».

Los pasos del presente trabajo de investigación han ido de la génesis del Derecho Internacional hasta la revisión concienzuda de cada uno de los procesos judiciales ventilados en España en los que se ha invocado al principio de *universalidad*. A través de la dialéctica de la historia, podemos llegar a entender cómo las presiones internacionales y los conflictos diplomáticos han hecho las veces de cortapisa a la actuación de nuestros jueces. El objetivo final del trabajo, en plena marejada aparecida ante el reciente cambio sufrido por la Ley Orgánica del Poder Judicial, es trazar un análisis claro de la situación a la que queda abocada la *justicia* española en relación con crímenes especialmente graves -otrotra importante bastión en la lucha contra este tipo de ilícitos- y en qué situación quedan los procesos abiertos y pendientes de resolución cuando se produjo la "brusca" aparición de la citada enmienda legislativa.

Finalmente, es quizá de interés comentar que el proceso de investigación se ha desarrollado principalmente en la Universidad Autónoma de Madrid. Un impulso decisivo en el estudio de los temas relacionados con el presente trabajo tuvo lugar con la provechosa estancia efectuada en Salzburgo el año pasado. Ahí tuve la oportunidad de asistir a diversos seminarios sobre Derecho Internacional penal y derechos humanos, magistralmente organizados y dirigidos por la universidad norteamericana *Pacific McGeorge* en estrecha colaboración con la Universidad de Salzburgo. Asimismo, el año anterior, desarrollé una estancia en Bruselas, trabajando con el Equipo *Nizkor*, especializado en el estudio y asesoramiento legal a países implicados en el ejercicio del principio de *universalidad* con el consiguiente acceso de consulta a la biblioteca de dicha institución y a la del Parlamento Europeo. Además, he realizado visitas periódicas a la biblioteca del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y a la de la universidad

Pompeu i Fabra con el objeto de consultar su extenso material bibliográfico en materia jurídica.

No quería terminar sin dar las gracias a mi madre por su incondicional apoyo y acertados consejos. Debo señalar especialmente una conversación que mantuvimos a larga distancia cuando me encontraba en un remoto tren rumbo a un remoto lugar gracias a la cual decidí realizar una tesis doctoral. Probablemente sin dicha conversación no me encontraría ahora en este apasionante punto de mi carrera profesional. Asimismo, tengo que agradecer la paciencia y el permanente aliento de José de la Vega quien me ha impulsado a trabajar con ilusión y dedicación, haciendo desaparecer toda manifestación mía de vacilación y tratando de convertir este laborioso tiempo de estudio e investigación en un agradable paseo por el Tibidabo. Gracias a los dos por ayudarme a alcanzar este maravilloso sueño.

***Jurisdicción universal sobre crímenes internacionales
Su aplicación en España***

Capítulo primero:

**Soberanía de los Estados y su reflejo en el ejercicio de la jurisdicción
penal**

*«Decir que un Estado es soberano significa que él es
la unidad universal de decisión en un territorio,
eficaz en el interior y en el exterior¹»*

¹ Cfr. HELLER, H., "La soberanía del Estado y el problema del Derecho Internacional", *La Soberanía*, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2ª edición, México, 1995, pág. 225 (traducción de Mario de la Cueva).

La soberanía se erige como un concepto fundamental en el lenguaje del Derecho Internacional, así como en el de las relaciones entre los Estados. En la actualidad, ha ido recibiendo diferentes significados como consecuencia de la globalización y de la cooperación internacional. Debido a la fuerte presión ejercida por estos dos últimos fenómenos, se ha producido en el siglo XX uno de los principales y grandes logros: la consideración de los derechos humanos a escala mundial en virtud de la cual los Estados se encuentran limitados en su actuación, respondiendo ante delitos contrarios a la humanidad y ante posibles abusos de los mismos.

De esta forma, es el Estado el que se encuentra a disposición del individuo y no a la inversa. La soberanía del individuo que hace referencia a sus derechos humanos y libertades fundamentales -tal y como expone la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos²- se caracteriza por la circunstancia de que es él mismo el que tiene la capacidad para controlar su propio destino.

² Documento disponible en la pagina web de la Organización de Naciones Unidas:
[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.RES.53.144.Sp](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.RES.53.144.Sp)

I. Nociones básicas relativas al concepto de soberanía

Tradicionalmente, el concepto de soberanía ha hecho referencia a la categoría clásica del Estado en virtud de la cual se sostenía su poder absoluto y perpetuo, estableciendo los principios reguladores de la sociedad sobre la que quedaba proyectada. Con el tiempo, dicho concepto se ha ido adaptando a las democracias actuales como una expresión del momento político en el que los ciudadanos, sin ninguna autoridad previa ni superior, permiten a los poderes públicos ejercer su función³.

El concepto de soberanía ha presentado, por otro lado, diversas acepciones, pues no sólo se ha aplicado en el ámbito interno estatal, sino que también se ha caracterizado por acoger una dimensión externa estrechamente vinculada a la capacidad de los Estados de declarar la guerra o firmar la paz. Actualmente, esta perspectiva externa de la soberanía hace referencia a la predisposición y a la conducta general estatal de no intervenir en los asuntos domésticos de otros Estados. Desde este punto de vista, la soberanía es una noción jurídico-política propia de las relaciones internacionales; en definitiva, hace referencia a la idea de independencia del Estado como único sujeto con poder de decisión autónomo en el ámbito de sus competencias. No obstante, no hay que olvidar que el conjunto de Estados protagonizan relaciones recíprocas de realidad formal en un contexto descentralizado en el que no existen entidades supranacionales⁴. Sea como fuere, hoy en día no puede desmerecerse el importante hecho de que la comunidad internacional se globaliza y se integra de forma continuada y constante, por lo que si bien es cierto que los Estados cumplen un papel fundamental, también lo es que la presencia de organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales, empresas, grupos transnacionales *ad hoc*, etc., son imprescindibles y ejercen un papel crucial en el panorama internacional, haciendo más compleja la conjunción existente entre la soberanía y las relaciones internacionales⁵.

³ Vid. VÁZQUEZ, C. M., "Aproximación al concepto de soberanía en el marco de las relaciones internacionales", REJES, Vol. I, 2003, pág. 3.

⁴ *Ibid.* Pág. 5.

⁵ Al final del siglo XX, *Yearbook International Organization* informaba de que existían más de novecientas veintidós organizaciones intergubernamentales y nueve mil novecientas ochenta y ocho organizaciones no gubernamentales internacionales. Información disponible en la página web de *Yearbook International Organization*: <http://www.uia.be/yearbook>

1. 1. Antecedentes y rasgos generales de la soberanía

La soberanía es el concepto clave de la teoría clásica del Estado, caracterizado por un poder absoluto e ilimitado que surge en el siglo XVI bajo el amparo del Estado moderno, centralizado y burocrático, como consecuencia de las luchas sostenidas por la monarquía francesa contra el imperio, la Iglesia y los señores feudales a finales de la alta Edad Media. La presencia del Estado moderno dio nacimiento a una concepción nueva de ese poder. BODIN afirmó que: «la soberanía es el poder absoluto y perpetuo que los latinos llamaron majestad⁶». La soberanía, según dicho autor, se configuraba como un poder absoluto y perpetuo que el príncipe ostentaba (entendiendo por absoluto su capacidad de elaborar y derogar las leyes de forma ilimitada en el tiempo). Por lo tanto, a finales del siglo XVI, la soberanía como poder supremo sobre cierto territorio o espacio físico constituía una realidad política indiscutible.

Más adelante se dio un paso más y se añadió que la soberanía residía en el pueblo, erigiéndose como comienzo y final de toda organización política⁷. Estamos ante una soberanía popular bajo la que se consideraba que todos los poderes y facultades estaban en manos del pueblo y de él derivaban; la soberanía en aquel entonces procedía de un contrato o pacto surgido como consecuencia de la enajenación de parte de la voluntad de cada individuo para formar la voluntad general soberana.

Son los teóricos de la Revolución Francesa los que llevaron a cabo la identificación de la soberanía con la voluntad del pueblo; un fenómeno que hasta ese entonces parecía difuso y no asequible. En aquel momento se puso de relieve una diferencia fundamental entre el concepto de soberanía popular y soberanía nacional. Aquella se encontraba compartimentada o dividida en función de los diversos poderes que integraban el Estado, frente a esta última, que era indivisible y pertenecía a la nación como único ente jurídicamente organizado.

⁶ Cfr. BODIN, J., "Libro primero; Capítulos VII-X", *Los Seis Libros de la República*, Ed. Aguilar, Madrid, 1973, págs. 44 y ss (traducción de Pedro Bravo): «La souveraineté est la puissance absolue et perpetuelle que les latins apellent maiestatem». BODIN es el primer autor que da forma al concepto de soberanía.

⁷ A este respecto, ROUSSEAU señaló que: «El acto que instituye el Gobierno no es un contrato, sino una ley; los depositarios del poder ejecutivo no son los dueños del pueblo, sino sus servidores; puede nombrarlos o destituirlos cuando le plazca; no es cuestión para ellos de contratar, sino de obedecer, y encargándose de las funciones que el Estado les impone no hace sino cumplir con su deber de ciudadano, sin tener en modo alguno el derecho de discutir las condiciones». Cfr. ROUSSEAU, J.J., "Libro III; Capítulo XVIII", *El contrato social*, Ed. Torre de Goyanes, Madrid, 2001, pág. 121 (traducción, introducción y notas de Luis Blanco Vila).

La idea fundamental por la que se produce el desarrollo imparable del concepto de soberanía responde a las pretensiones y a las exigencias de robustecimiento del Estado -tanto por razones históricas como políticas- que vinieron a trasladar el referido concepto al círculo o ámbito estatal. Prueba de ello es la teoría hegeliana relativa a la supremacía absoluta del Estado, en virtud de la cual ese poder difuso, la soberanía, se adentra en el referido ámbito estatal⁸.

Las teorías de HEGEL que dieron lugar al *Rechtsstaat*⁹ (es decir: al Estado de Derecho o Estado constitucional) también propiciaron la vía hacia formas estatales despóticas que condujeron a la consideración del Estado de Derecho como una cuestión incompatible con el Derecho Internacional -ya que la mera existencia de éste último presuponía la limitación de la libertad absoluta estatal-. Esta incompatibilidad básicamente tuvo lugar debido a que las numerosas tesis surgidas al respecto analizaban la soberanía desde el punto de vista interno del Estado sin tomar en cuenta la actividad del mismo en el exterior.

Consecuentemente, al no estar interesados la mayor parte de los teóricos políticos en las relaciones interestatales, resulta lógica la dificultad de aplicar en el orden jurídico internacional un concepto propio de la teoría política del Estado. No obstante, la relación del comentado concepto con el orden internacional es indiscutible y necesaria por lo que la cuestión debe radicar en tratar de reemplazar el término de soberanía cuando sea utilizado bajo el ámbito de dicho orden jurídico o, quizá, dotarlo de un significado más amplio y adaptarlo así a las exigencias de la doctrina internacional.

Esta relación entre el concepto de soberanía y el orden internacional no ocurrió en la época en la que se empezaron a vislumbrar los inicios del sistema del Derecho Internacional hace aproximadamente trescientos cincuenta años. Así quedó reflejado durante la celebración de la Paz de Westfalia¹⁰ en virtud de la cual se estableció la igualdad entre los Estados, así como una delimitación clara de sus territorios y de sus respectivas competencias, dejando el ámbito territorial como el lugar de actuación

⁸ Vid. HEGEL, G. F., "El Estado", *Filosofía del Derecho*, Ed. Claridad, 1ª reimpresión, Buenos Aires, 1987, págs. 208 y ss. Para HEGEL la voluntad del Estado es la absoluta soberanía y la fuente de toda validez legal.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ La Paz de Westfalia sentó las bases más esenciales en las relaciones internacionales de la Edad Moderna. Trató de promover un equilibrio europeo que impidiera a unos Estados imponerse sobre otros. Sus efectos se mantuvieron hasta las guerras y revoluciones nacionalistas del romántico siglo XIX.

estatal¹¹. No obstante, con el tiempo se concluyó que, para poder conciliar la coexistencia del Estado con la presencia de la normativa internacional, debía otorgarse al reiterado concepto un significado más adecuado y preciso¹².

Por consiguiente, se llegó a la conclusión de que para poder establecer una relación entre el Estado soberano y el Derecho Internacional, resultaba imprescindible dejar a un lado la visión tradicional del concepto de soberanía y proceder a su ampliación por medio de la idea de la comunidad internacional¹³ y la influencia que ejerce en el ámbito estatal.

En este sentido, es de sumo interés traer a colación las palabras de HELLER: «la eficiencia del derecho internacional está fundada en la voluntad común de los Estados y en la validez de los principios ético-jurídicos. Los Estados actualizan o positivizan los principios jurídicos, los cuales, en su conjunto, forman los preceptos de derecho internacional. Y son los sujetos de este orden jurídico, libres, soberanos y jurídicamente iguales, los que formulan el derecho internacional. Como todo derecho, el internacional es producto de una comunidad de culturas e intereses que ningún político puede crear de manera artificial. Soberanía, entonces, es la capacidad de positivizar los preceptos supremos obligatorios para la comunidad. Su esencia es, en suma, la positivación -en el interior del Estado- de principios o preceptos jurídicos supremos determinantes de la comunidad¹⁴».

De ello se deduce que la voluntad del Estado, como ente libre y soberano, auspicia y formula la normativa internacional bajo la conjunción de distintas culturas e intereses existentes, siendo la soberanía la vía por la que los principios que rigen la comunidad quedan recogidos y positivados como principios máximos. De esta forma, la soberanía queda configurada como un mecanismo válido para determinar los preceptos supremos obligatorios de la comunidad.

¹¹ Vid. BROWN WEISS, E., "Invoking State Responsibility in the Twenty-first Century", *AJIL*, Vol. 96, n° 4, 2002, pág. 798.

¹² Vid. SEPÚLVEDA, C., "Soberanía y Derecho Internacional", *Derecho Internacional Público*, Ed. Porrúa, 2ª edición, México, 1964, pág. 81.

¹³ Vid. HART, H. L., "Legal Positivism", *International Rules*, Ed. Oxford University Press, New York, 1996, pág. 60. Este autor desarrolla el concepto capital de la comunidad internacional de la siguiente manera: «The International community is a decentralized community, decentralized in a specific manner, whereas the state is a centralized community. It is essentially in the degree of centralization that an international community constituted by international law differs from a national community constituted by national law, a union of states from a state». Cfr. HART, H. L., *ob. cit.*, págs. 60 y 61.

¹⁴ Cfr. HELLER, H., "El Estado", *Teoría del Estado*, Ed. Fondo de Cultura Económica, 9ª reimpresión, México, 1983, págs. 242 y 243 (traducción de Luis Tobio).

Debe quedar claro que la soberanía no consiste en un grado superior de poder ni en un monopolio de poder estatal. Su poder tan sólo es un medio para el cumplimiento de la función soberana. Es consustancial a la soberanía no dejar sin resolver ni un sólo conflicto de los que pudieran plantearse en el área de su jurisdicción¹⁵.

Dar un paso más en torno a estas cuestiones supondría dotar al citado concepto de un sentido *funcional*¹⁶, ya que la referida funcionalidad implicaría que el mismo dejaría de formar parte inherente del Estado para convertirse en una realidad dinámica que supondría la consideración del Derecho Internacional como un orden jurídico de entes soberanos a los que obliga. Y fue precisamente así como lo creyó SEPÚLVEDA¹⁷. A estos efectos, el mencionado autor manifiesta que: a) el ordenamiento jurídico internacional se constituye como un conjunto de normas a las que quedan obligados los entes soberanos y, b) la soberanía del Estado es la «capacidad de crear y de actualizar el Derecho, tanto [en] el [plano] interno como el internacional» junto con la obligación de actuar conforme al mismo¹⁸. De las referidas premisas cabe deducir la clara supremacía del Derecho Internacional¹⁹.

No obstante, al margen de dotar a la soberanía de un sentido funcional, su significado varía en función de que se esté hablando o no de la coexistencia de un Estado con otras entidades semejantes, ya que, como no podía ser de otro modo, en el supuesto en el que dicha coexistencia tenga lugar, la formulación jurídica de la soberanía se lleva a cabo en términos de igualdad entre los diversos Estados.

¹⁵ Aunque ello será objeto de una explicación posterior, cabe adelantar aquí que la jurisdicción debe ser entendida como una de las formas más obvias del ejercicio del poder soberano. *Vid.* VÁZQUEZ, C. M., *ob. cit.*, pág. 11.

¹⁶ *Vid.* ESPÓSITO, C., "Derecho y política en la sociedad internacional: Ensayo sobre la autonomía relativa del Derecho internacional", RJUIPR, Vol. 34, nº 1, 1999, pág. 32.

¹⁷ *Vid.* SEPÚLVEDA, C., *ob.cit.* pág. 82.

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ El primer caso en el que se reconoció la supremacía del Derecho Internacional fue, posiblemente, en el asunto de las *Reclamaciones de Alabama* (*Alabama Claims*) de 1872 que enfrentaba a Estados Unidos contra Gran Bretaña. El país norteamericano que reclamaba la reparación de los daños causados por unos buques de guerra construidos en Liverpool -bajo el auspicio británico- y entregados a los secesionistas del sur de Estados Unidos supuso la celebración del Tratado de Washington de 1871 en virtud del cual se creó un tribunal arbitral. El mencionado tratado establecía que Gran Bretaña no podía exonerarse de cumplir con sus obligaciones internacionales de neutralidad bajo el pretexto de cumplir con sus respectivas normas constitucionales. *Vid.* BROWN, B. S., "The Alabama Claims Arbitration (An important early arbitration)", 1999. Documento disponible en:

<http://www.kentlaw.edu/faculty/bbrown/classes/IntlLawFall2008/CourseDocs/AlabamaClaimsArbitration.pdf>

Lógicamente, cuando un Estado es analizado bajo la presencia de otras entidades de naturaleza semejante, el citado concepto presentará importantes matices en la medida en que ningún ente territorial reconocerá la superioridad de otro, a pesar de que es posible que se admitan las pretensiones planteadas por los Estados sobre una regla de conducta basada en la idea de reciprocidad. Es en este punto, cuando se aprecian los principios fundamentales que explican la convivencia entre los entes soberanos junto con el importante papel que juega la normativa internacional:

- I. «Aún sin su consentimiento, los sujetos del derecho internacional están obligados por las normas del derecho de gentes consuetudinario que le resulten aplicables y por los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- II. Pueden imponerse a un sujeto del orden legal internacional, obligaciones internacionales adicionales sólo con su consentimiento;
- III. El ejercicio de la jurisdicción territorial es exclusivo para cada Estado, a menos de que estuviere limitado o exceptuado por normas de derecho internacional;
- IV. En ciertos y especiales casos, los sujetos de derecho internacional pueden pretender jurisdicción sobre cosas o persona afuera de su jurisdicción territorial, y
- V. A menos que existan reglas que lo permitan, la intervención de un sujeto de derecho internacional en la esfera de la exclusiva jurisdicción doméstica de otro sujeto constituye una ruptura del orden jurídico internacional²⁰».

En relación con los principios mencionados, queda claro que no se produce colisión alguna entre el Estado y el Derecho Internacional. De hecho, su interrelación es inevitable, ya que en el momento en el que un Estado se relaciona con otro -lo que hoy en día es absolutamente incuestionable- se hace necesaria la presencia de determinados principios, como el de reciprocidad, para regir y regular este tipo de situaciones.

Siguiendo el hilo de esta argumentación, CARPIZO, afirma que no existe «antagonismo entre el Estado soberano y el Derecho Internacional y la base de este último es la existencia de Estados soberanos que al no vivir aislados entran en relación sobre la base de ciertos principios como el de reciprocidad²¹». Continuando con este

²⁰ Estos principios se han tomado de: SCHWARZENBERGER, G., "Introduction of International Law", *A Manual of International Law*, Ed. Stevens and Sons, 5ª edición, Londres, 1967, pág. 65.

²¹ Cfr. CARPIZO, J., "La Soberanía del pueblo en el Derecho interno y en el internacional", REP, nº 28, 1982, pág. 205. Documento disponible en:
http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE_028_191.pdf

discurso, resulta obvio que la presencia no sólo de otros Estados, sino también de organizaciones internacionales, puede llegar a resultar "molesta" en ciertas ocasiones, puesto que influye en gran medida sobre la forma en la que un Estado se relaciona. En otras palabras, las competencias y los poderes que, por ejemplo, una organización internacional puede ostentar determinan, en algunos casos, el funcionamiento y la actuación estatal. Consecuentemente, éstas deben tener extremado cuidado con las acciones que ejerciten, ya que pueden ir en contra del régimen interior de un Estado que puede ser, además, uno de sus miembros²².

De acuerdo con lo expuesto, los principios ligados al Derecho Internacional y configuradores del concepto de soberanía tienen su importancia, puesto que determinan el ámbito de actuación interna y externa de un Estado y, además, plasman la imposibilidad de que se inmiscuya un Estado en el ámbito jurisdiccional de otro, admitiéndose únicamente la posibilidad de cierta intromisión en asuntos tasados de especial envergadura. Ello presenta una lectura inversa consistente en que en casos particulares resultaría legítima la actuación de un Estado en el territorio de otro. Cabe hablar, por lo tanto, de la existencia de un título o títulos habilitadores restringidos y limitados capaces de permitir la entrada de un Estado en la jurisdicción de otro.

Como no podía ser de otro modo, teniendo en cuenta la larga trayectoria del concepto de soberanía -tradicionalmente enmarcado en un espacio territorial delimitado y concreto-, lo recién expresado produce importantes consecuencias jurídicas y políticas que serán analizadas con mayor profundidad más adelante en la medida en que se encuentran directamente ligadas con el principio de universalidad, columna vertebral de este trabajo. En cualquier caso, resulta oportuno traer a colación lo esgrimido por CARPIZO, puesto que define en buena medida el contenido, el objeto y el sentido por el que el concepto de soberanía fue creado: «La soberanía no admite condiciones, tutelajes ni limitaciones. La soberanía es la defensa emanada del derecho y la razón contra la

²² En este sentido, el párrafo 7 del artículo 2 de la Carta de la Organización de Naciones Unidas establece que: «Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII». Sobre esta disposición, la práctica de las Naciones Unidas no ha sido muy clara, puesto que ha existido cierta indeterminación en torno al concepto de "intervención". MARTÍN MARTÍNEZ considera que la doctrina concibe este artículo como un precepto legal fundamental a la hora de determinar la compatibilidad entre la protección de la soberanía y la defensa del interés de la comunidad internacional. *Vid.* MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., "Scope and limits of the cession of State's powers to the United Nations", *National Sovereignty and International Organizations*, Ed. Kluwer Law International, La Haya, 1996, pág. 94.

fuerza bruta. La soberanía es y continuará siendo una idea -motor de independencia y autodeterminación- para lograr la justicia entre los Estados, la misma que se debe reflejar en el interior de ellos. La soberanía implica la libre y justa disposición de los satisfactores materiales y culturales en un Estado para que los hombres que forman los pueblos lleven realmente una existencia digna de ser vivida²³».

1. 2. Los tres distintos ámbitos del concepto actual de soberanía

A partir de estas consideraciones, cabe hacer tres distinciones en el ámbito de la soberanía: a) la soberanía externa que se manifiesta en las relaciones internacionales de los Estados; b) la soberanía interna que consiste en la competencia exclusiva del Estado para determinar su propia organización y funcionamiento interno, promulgando la normativa oportuna y velando por su estricto cumplimiento; y c) la soberanía territorial que hace referencia a su autoridad y a su actuación en relación con las personas y cosas que ahí se encuentran. Indudablemente, los tres ámbitos se encuentran estrechamente relacionados, especialmente el segundo y el tercero.

De todos modos, aunque es cierto que estos tres ámbitos engloban lo que hoy en día se entiende por soberanía, no lo es menos que la normativa internacional se ha caracterizado por ir introduciendo cambios en su contenido; cambios que han ido dotando al concepto de nuevos matices que no siendo siempre suficientemente claros han suscitado recelos. Así pues, constituye un hecho innegable que son los Estados los que crean el Derecho Internacional²⁴ y los que se erigen responsables ante el incumplimiento de las obligaciones internacionales. En definitiva, éstos, con el paso del tiempo y a la luz de la normativa internacional, han dotado a la soberanía de un nuevo y más amplio significado que redundará en beneficio de la comunidad internacional, modulándose en función de los distintos problemas que se han ido planteando.

²³ Cfr. CARPIZO, J., *ob. cit.*, pág. 209.

²⁴ Vid. REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R.M., Díez-Hochleitner, J., Orihuela Calatayud, E., y Pérez-Prat Durban, L., "Soberanía e igualdad soberana de los Estados", *Derecho Internacional*, Ed. Mc Graw Hill, Madrid, 2007, págs. 127 y ss.

II. La soberanía bajo el amparo y la evolución del Derecho Internacional

CHECA DROUET, nacido en 1897, planteaba la necesidad de una revisión del concepto de soberanía por cuanto «la sociedad, o la Humanidad más exactamente, se habían desarrollado a tal punto que existía, como nunca antes en la historia, una interdependencia entre los pueblos del mundo, sin olvidar que sus relaciones sociales y económicas exigían ser cada vez más estrechas y recíprocas²⁵». Ya antes, la Conferencia de La Haya de 1899 teniendo presente esta idea de interrelación constante y de coexistencia entre Estados, llevó a cabo una reglamentación de guerra e impulsó la creación de un tribunal internacional de arbitraje.

Así pues, una de las consecuencias fundamentales de la celebración de la Conferencia de 1899 fue la de acudir a la mediación y al arbitraje cuando así lo requirieran las partes implicadas en una disputa con el objeto de prevenir, en la medida de lo posible, conflictos armados. Otro aspecto esencial que ésta supuso fue la idea de llegar a un acuerdo sobre el modo de emplear los buenos oficios y establecer, asimismo, una práctica uniforme sobre su uso. Dicha Conferencia constituyó un mecanismo pionero en la solución pacífica de controversias estatales en virtud de la cual se pretendió la introducción de principios básicos y humanos en un ámbito desgarradoramente inhumano como ha sido, es y será siempre la guerra²⁶.

El espíritu de esta Conferencia perduró en el tiempo, puesto que propició el terreno para el surgimiento: primero, de la Sociedad de Naciones y, más adelante, de la Organización de Naciones Unidas (ONU), que se ha erigido con el tiempo como una asociación mundial de gobiernos que facilita la cooperación en asuntos propios del Derecho Internacional, la paz y seguridad internacional, el desarrollo económico y social, los asuntos humanitarios, y los derechos humanos.

No hay que olvidar que la ONU al ser una asociación de Estados soberanos defiende una postura caracterizada por un celo extremo y una defensa a ultranza en numerosas ocasiones de la idea de soberanía. Ello explica el apego especial que muestran los pequeños Estados en torno a la misma, puesto que son particularmente

²⁵ Cfr. CHECA DROUET, B., "Defensa de la Paz", *Derecho Internacional y Soberanía*, Ed. Gil, Vol. II, Lima, 1937, pág. 85.

²⁶ Vid. PONS RAFOLS, X., "Revisitando a Martens: las normas básicas de humanidad en la comisión de derechos humanos", en: VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., Y SALINAS DE FRÍAS, A., (coordinadores), *Soberanía del Estado y Derecho Internacional (homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo)*, Ed. Universidad de Sevilla, Vol. II, Sevilla, 2005, págs. 1.095 y ss.

vulnerables a la opresión de otros más grandes. Consecuentemente, esta organización ha procedido a la elaboración de herramientas básicas que han impedido la injerencia de un Estado sobre otro, llegando incluso a protegerlos ante las intervenciones que pudieran darse por parte de ésta²⁷. Ello es así, ya que las violaciones de la soberanía siguen contemplándose como una infracción que afecta a la comunidad internacional. Sea como fuere, fue un gran éxito que la ONU institucionalizara la resolución pacífica de controversias y la limitación del uso de la fuerza.

Así las cosas, no cabe duda de que es a través del Derecho Internacional -que forma parte del ordenamiento jurídico de los Estados²⁸- como se lleva a cabo la importante función de perfilar y actualizar el concepto de soberanía -a pesar de las opiniones que se inclinan por mantener, a modo de prejuicio, la debilidad institucional característica en la que se asienta el Derecho Internacional²⁹-. Esto, según ha apuntado KENNEDY, se contrapone con lo que ocurrió durante el siglo pasado y el anterior: «(...) los abogados internacionalistas dedicaban más atención a la definición de la soberanía que a la enumeración de los derechos y de los poderes soberanos, consolidando lentamente la soberanía como una idea artificial y abstracta localizada en el Estado³⁰». Siguiendo con este discurso, resulta conveniente referirnos a la Resolución 2625-XXV de 1970 de la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) en virtud de la cual se trae a colación el principio de soberanía³¹. Esta resolución encarna el consenso de los Estados miembros de la ONU sobre la significación de dicho principio.

²⁷ Artículo 2.7 de la Carta de la ONU. *Vid. Supra*. Nota 22.

²⁸ En 1900, el Tribunal Supremo de Estados Unidos -en el asunto conocido como *Paquete Habana*- reconoció la ubicación del Derecho Internacional en el ordenamiento jurídico interno norteamericano. *Vid.* KENNEDY, D., "International Law in the Nineteenth Century: History of an Illusion", NJIL, nº 65, 1996, pág. 117. Documento disponible en:

<http://www.law.harvard.edu/faculty/dkennedy/publications/illusions.pdf>

A propósito de la inclusión de la normativa internacional en la legislación doméstica norteamericana, KENNEDY afirma lo siguiente: «the interesting point, however, is not that American courts came finally to accept the binding force of international law 124 years after independence, but that it was now to state what previously had been simply accepted. In the twentieth century, American courts would have no trouble confining their jurisprudence to American law, often explicitly excluding consideration of international obligations, until *The Paquete Habana* would come to be taught as a fond memory and utopian hope». *Cfr.* KENNEDY, D., *ob. cit.*, pág. 117.

²⁹ *Vid.* VÁZQUEZ, C. M., *ob. cit.*, pág. 16

³⁰ *Cfr.* KENNEDY, D., *ob. cit.*, pág. 119: «(...) international lawyers devoted ever more attention to defining sovereignty, rather than enumerating the rights and powers of sovereigns, slowly consolidating a sovereignty as an artificial and abstract idea located in the state».

³¹ Dicha resolución constituye la Declaración relativa a los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de la ONU. La resolución afirma que: «Todos los Estados gozan de igualdad soberana. Tienen iguales derechos e iguales deberes y son por igual miembros de la comunidad internacional, pese a las diferencias de orden económico, social, político o de otra índole. En particular, la igualdad soberana comprende los elementos

En cualquier caso y de conformidad con lo anterior, el principio fundamental que gira en torno a la soberanía del Estado presenta un marcado carácter funcional: «la soberanía es entendida como el conjunto de competencias que son atribuidas a un Estado por el Derecho Internacional, ejercitables en un plano de independencia e igualdad. Su manifestación más relevante en el ámbito de las relaciones internacionales es su capacidad para obligarse con otros y su responsabilidad internacional en caso de incumplimiento³²».

En este orden de ideas, se deduce, como es lógico, que la existencia de múltiples entes soberanos genera en el marco internacional la necesidad de crear y desarrollar normas que regulen una distribución de competencias con el propósito de evitar situaciones conflictivas, siendo precisamente en este ámbito donde el Derecho Internacional juega un papel fundamental. Un asunto de relevancia a estos efectos fue aquel que tuvo lugar en 1923 ante la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), posteriormente sucedida por la Corte Internacional de Justicia (CIJ), conocido como el asunto *SS Wimbledon*³³, a través del cual se puso de relieve la necesidad de restringir los derechos soberanos de los Estados junto con la idea imperiosa de proceder a la adopción de nuevos compromisos internacionales, entendiendo que los mismos no constituían una restricción de la propia soberanía, sino que eran apreciados como un atributo de la misma³⁴. No existía, pues, conflicto alguno entre la soberanía de un Estado y la normativa internacional, ya que es aquélla la que atribuye la capacidad a un país para

siguientes: a) los Estados son iguales jurídicamente; b) cada Estado goza de los derechos inherentes a la plena soberanía; c) cada Estado tiene el deber de respetar la personalidad de los demás Estados; d) la integridad territorial y la independencia política del Estado son inviolables; e) cada Estado tiene el derecho a elegir y a llevar delante libremente sus sistema político, social, económico y cultural; f) cada Estado tiene el deber de cumplir plenamente y de buena fe sus obligaciones internacionales y de vivir en paz con los demás Estados».

³² Cfr. REMIRO BROTONS, A., *et. al.*, *Derecho Internacional*, *ob. cit.*, pág. 127.

³³ El 21 de marzo de 1921, al vapor británico Wimbledon -utilizado por una compañía francesa de armamento, *Les Affréteurs réunis*, con rumbo a Danzig y con una carga de cuatro mil toneladas de material militar- le fue denegado el acceso y paso libre a través del canal de Kiel por las autoridades alemanas. Los demandantes solicitaron a Alemania que reparara los daños causados a la compañía francesa como consecuencia de la violación del artículo 380 del Tratado de Versalles de 1919, el cual establecía el libre acceso por el mencionado canal a los navíos comerciales y militares de naciones que no estuvieran en guerra con Alemania en ese momento. Información disponible en la página web de worldcourts.com: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1923.08.17_wimbledon/

³⁴ *Ibidem*. «The Court declines to see in the conclusion of any treaty by which a State undertakes to perform or refrain from performing a particular act an abandonment of its sovereignty. No doubt any Convention creating an obligation of this kind places a restriction upon the exercise of the sovereign rights of the State, in the sense that it requires them to be exercised in a certain way. But the right to enter into international engagements is an attribute of State sovereignty».

quedar obligado por la regulación internacional³⁵ -aunque es factible que compromisos nuevos de estas características mermen o limiten de alguna forma la competencia estatal³⁶ -.

Por lo tanto, es la normativa internacional a la que le corresponde llevar a cabo la ardua tarea de realizar una distribución de competencias lo más perfilada y definida posible para evitar situaciones conflictivas y propiciar un terreno de cordialidad basado en la idea de la reciprocidad³⁷. Es necesario «adaptar y ajustar el derecho tradicional con la intención de que pueda llegar a reflejar la profunda transformación que ha acontecido en el derecho internacional [...]; es necesario situar los principios que gobiernan la responsabilidad del Estado a la misma altura del derecho internacional en su estado actual de desarrollo³⁸».

En este sentido, durante los más de cincuenta años de existencia de la ONU, el sistema legal internacional ha evolucionado de forma significativa para reflejar la naturaleza cambiante de la sociedad internacional y el creciente papel de los actores que intervienen en la misma. Así pues, no cabe duda de la importante influencia que la normativa internacional ha ejercido sobre el concepto de soberanía. Se trata de un término que ha evolucionado desde su más estricto hermetismo, basado en actitudes aislacionistas, a la celebración, por ejemplo, del Tratado de Maastricht en virtud del cual países que habían estado históricamente enfrentados en numerosas batallas y luchas de poder se configuran actualmente bajo un mismo "paraguas" de paz y progreso en el que la cooperación internacional es un hecho.

³⁵ Así lo indica KLABBERS: «(...) there is no longer a conflict between sovereignty and becoming bound by some international rule; instead, the two go hand in hand. The state can become bound precisely because it is sovereign». *Cfr.* KLABBERS, J., "Clinching the concept of sovereignty: Wimbledon redux", *ARIEL*, Vol. 3, nº 3, 1999, pág. 34.

³⁶ A este tipo de competencia se le conoce como competencia reglada.

³⁷ No obstante, esta idea de reciprocidad no redundaría en la idea de igualdad soberana entendida como una equiparación completa de obligaciones y derechos asumidos por los Estados.

³⁸ Así se refiere BROWN WEISS al trabajo de GARCÍA-AMADOR. *Cfr.* BROWN WEISS, E., *ob. cit.*, pág. 798.

2. 1. Concepto actual de la soberanía fruto de las contrariedades de la política internacional

De lo hasta ahora dicho, resulta que la soberanía es un concepto clave que ha evolucionado mucho desde su origen y se ha convertido en una pieza fundamental, en una especie de armazón o estructura que sustenta el funcionamiento del Estado. Como no podía ser de otro modo, la soberanía ha sido esgrimida como escudo por países que han tratado de evitar injerencias ajenas en lo que han considerado asuntos de su exclusiva incumbencia.

Es cierto que se ha tratado de articular a través del referido concepto una especie de valla protectora que ha pretendido solventar posibles discrepancias entre los Estados. Tradicionalmente se ha considerado que el marco de la soberanía de un Estado opera como un límite frente a la actuación de otro. En la actualidad, el concepto de soberanía ha sufrido cambios que han dado lugar a nuevas acepciones y/o matices. Sin ir más lejos, en una entrevista concedida el 18 de octubre de 1999 por el anterior secretario general de la ONU, se puso sobre la mesa dicha cuestión a raíz de los problemas surgidos en Timor Oriental, Kosovo y África³⁹.

En dicha entrevista, el entonces secretario general, KOFI ANNAN, defendió que un Estado tiene derecho a proteger su soberanía pero advirtió que los acontecimientos eran muy distintos a como eran en otro tiempo. En su opinión, se había producido una modificación del concepto de soberanía como consecuencia del desarrollo tecnológico, de la globalización y de otros muchos otros factores que hacían que un gobierno no pudiese disponer de un control total y efectivo sobre lo que ocurría en su propio Estado. Al quedar el aspecto económico, medioambiental, así como el financiero afectados por factores que se sitúan al margen del control de los Estados, se acaba preguntando la razón por la cual el ámbito de los derechos humanos queda custodiado por un exclusivo control estatal: ¿por qué debemos dejar que un ámbito tan importante como el de los derechos humanos quede exento de cualquier tipo de intervención diferente de la estatal⁴⁰?

³⁹ Entrevista disponible en la página web de *Public Broadcasting Service*:
http://www.pbs.org/newshour/bb/international/july-dec99/annan_10-18.html

⁴⁰ *Ibidem*. El texto original de la comentada entrevista es el siguiente: «I can understand a nation's right to intervene -I mean, to protect its sovereignty. On the other hand, let's look at the world as it exists today, I argued that the traditional concept of sovereignty is being changed by the developments in the world today, from globalization- there are lots of areas governments do not control. They do not control the

Con estas palabras se aprecia la reformulación que el concepto de soberanía está sufriendo; un concepto en el que la cooperación y la globalización han ejercido su correspondiente influencia en la medida en que ambos fenómenos permiten, entre otras cuestiones, que tengamos conocimiento de la realización de delitos atroces.

Por lo tanto, pese a que el rasgo fundamental de la soberanía reside en la no intervención por parte de las demás potencias en cuestiones que no trascienden de las fronteras de un Estado, sí se ha visto legitimada la actuación, en algunos casos, de organismos internacionales que han tenido por objeto velar por el estricto respeto de los derechos humanos, produciéndose así una modulación de dicho concepto. De este modo, se legitiman intervenciones, bajo el marco de la defensa de la humanidad, en aquellos lugares en los que se han producido conflictos de cierta envergadura que han ocasionado víctimas en un lugar desprovisto de la debida protección estatal. Este tipo de actuaciones que constituyen las llamadas intervenciones con carácter humanitario perfilan también el reiterado concepto.

De hecho, ha sucedido a veces que, tras agotar las vías diplomáticas y aquellos otros recursos de solución pacífica de controversias, el Consejo de Seguridad de la ONU ha tenido a bien legitimar una intervención armada sin que ello se traduzca en un ataque o en un menoscabo a la soberanía de un Estado. Es más, algunos creen que se puede delegar/atribuir el ejercicio de competencias soberanas a una organización internacional sin que con ello se transfiera la soberanía misma; en otras palabras, cuando los Estados limitan o transfieren el ejercicio de sus derechos soberanos siguen ejerciendo su soberanía porque es en su decisión donde radica dicha transferencia, siendo aquellos totalmente libres de llevarla o no a cabo⁴¹.

Con todo, queda claro que es necesario organizar y ordenar las prioridades de la comunidad internacional para que la transferencia o la delegación de competencias

external factors that affect their economy. They do not control financial flows. They do not control some of the environmental issues. Why should abuse of human rights should be the only area that they should insist they should be allowed to control without any interference? I think this is something that happened - and also, let me put it this way, if the citizens' rights are respected, there will be no need for anyone to want to intervene either through diplomatic means or coercive means. And it's also -I think the governments should see it not as a license for people to come in and intervene. We are talking about those situations where there are serious and gross and systematic violations of human rights. I think that governments who protect their citizens and their rights and do not create that kind of situation have no reason to worry that anyone would intervene».

⁴¹ *Vid.* HINOJOSA, L. M., "La globalización y Soberanía de los Estados", ponencia presentada en las primeras jornadas de diálogo euro-marroquí celebradas en la Universidad de Tánger los días 25 y 26 de noviembre de 2004, págs. 13 y 14. Documento disponible en: [http://www.reei.org/reei%2010/LM.Hinojosa%20Martinez\(reei10\).pdf](http://www.reei.org/reei%2010/LM.Hinojosa%20Martinez(reei10).pdf)

tenga lugar adecuadamente y sin causar excesivos perjuicios. De este modo, no es desacertada la opinión de VÁZQUEZ cuando afirma que «la ONU y la comunidad internacional deben, pues, adaptar su organización a un mundo con nuevos actores, nuevas responsabilidades y nuevas posibilidades para la paz, el progreso y la estabilidad. El auténtico desafío con el que se encuentra esta organización no es otro que el de construir la paz y la unidad en el principio de evitar las violaciones de los derechos humanos⁴²». Sin embargo, ello lógicamente plantea serios interrogantes. ¿Qué puede entenderse como bien común? ¿Qué factores pueden poner en peligro la paz y la unidad de la que habla el autor anterior? Por ejemplo, las llamadas “intervenciones humanitarias” o la asistencia a grupos humanos gravemente amenazados pueden toparse con un obstáculo fundamental: la soberanía de un Estado.

En cualquier caso, pese al negativo aspecto que en ocasiones entraña el concepto de soberanía, no hay que olvidar las palabras traídas a colación por HINOJOSA fundamentándose en Chaumont: «la soberanía es para la nación lo que la autonomía de la voluntad y los derechos humanos son para los individuos. Nada puede reemplazar la soberanía mientras no haya un super estado mundial. Y en ausencia de este último, el abandono de la soberanía sólo puede significar la dominación de los fuertes sobre las débiles⁴³». Consecuentemente, cabe hablar de la confusión existente en torno al tema que está siendo objeto de análisis, ya que si bien unos opinan que el concepto de soberanía debe adaptarse a las nuevas necesidades y situaciones, otros entienden que este concepto es fundamental e irremplazable.

En cualquier caso, resulta inevitable afirmar a estas alturas que la soberanía de los Estados ya no es absoluta. Esta imparable evolución, cuyos orígenes tienen lugar fundamentalmente en el siglo XIX, ha ido sufriendo distintos impulsos, especialmente tras el final de la Segunda Guerra Mundial con la creación de la ONU. En la actualidad, como ya se ha visto, este concepto sigue experimentando cambios como consecuencia de los efectos derivados, entre otros, de la globalización.

Por lo tanto, todo indica que la soberanía del Estado, en su sentido más básico, está siendo redefinida a día de hoy y en gran medida por las fuerzas de la globalización y de la cooperación internacional. Actualmente, los Estados son considerados como instrumentos al servicio de sus pueblos y no a la inversa. Al mismo tiempo, la soberanía

⁴² Cfr. VÁZQUEZ, C. M., *ob. cit.*, pág. 18.

⁴³ Cfr. HINOJOSA, L. M., *ob. cit.*, pág. 14.

individual -a través de la cual nos referimos a la libertad fundamental y a los derechos de cada individuo protegidos por la Carta de la ONU y por los correspondientes tratados internacionales- ha sido mejorada por una renovada y contagiante conciencia sobre los derechos individuales⁴⁴.

2. 2. ¿Asistencia humanitaria como límite de la soberanía?

A pesar de la dificultad en conciliar los diferentes puntos de vista anteriores, sí está claro que las intervenciones de carácter humanitario deben contar con el apoyo de la comunidad internacional. Éstas no deben contemplarse como un ataque a la soberanía de un Estado. Es esencial que dichas actuaciones tengan su base en principios universales consensuados por los pueblos bajo los cuales se determine la forma de proceder, de actuar y de resolver con la mayor celeridad posible pues, generalmente, este tipo de situaciones suelen ser dramáticas y requieren una reacción inmediata.

No obstante, como ya ha quedado expuesto, la soberanía actúa como límite ante estas posibles medidas universales que deben acordarse por la comunidad internacional. VÁZQUEZ propone dar un nuevo enfoque al concepto de soberanía con el objeto de incluir estos posibles casos como supuestos legítimos de intervención humanitaria en el territorio de un Estado. Así pues, se pregunta cuáles son los criterios que permiten soslayar el principio de soberanía estatal para poder intervenir en la zona; en definitiva, se plantea cuáles son los comportamientos de los Estados que van más allá de sus asuntos internos y que justificarían una intervención militar⁴⁵.

Estas reflexiones muestran el conflicto existente sobre la materia, así como la dificultad en hallar una solución clara y precisa al respecto. No es fácil establecer los casos en los que quepa admitir la intervención de la comunidad internacional ante violaciones de derechos humanos que a su vez pueda implicar la desconsideración de la soberanía de un Estado. Como consecuencia, ha ido surgiendo nueva normativa internacional a favor de las víctimas que modula en cierto modo el concepto de soberanía, el principio de no intervención y la prohibición de amenaza y uso de la fuerza contenido en el artículo 2.4 de la Carta de las ONU⁴⁶.

⁴⁴ Vid. ANNAN, K., "Two Concepts of Sovereignty", *The Economist*, nº 352, 18 de septiembre de 1999. Documento disponible en la página web de la ONU: <http://www.un.org/News/ossg/sg/stories/kaecon.html>

⁴⁵ Vid. VÁZQUEZ, C. M., *ob. cit.*, pág. 18.

⁴⁶ El mencionado artículo dispone que: «Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial

El 8 diciembre de 1988 la AGNU aprobó la Resolución 43/131 en virtud de la cual se reguló la idea de proporcionar asistencia humanitaria a las víctimas de desastres naturales o de aquellas que se encontraran en situaciones similares. Dos años más tarde, el 14 de diciembre de 1990, el mismo organismo dictó la Resolución 45/100 con la intención de que fuera posible acceder, con mayor facilidad, a las víctimas en graves situaciones de crisis y así poder proporcionar la debida asistencia humanitaria. Ello supuso la apertura a título experimental de los corredores de urgencia humanitaria⁴⁷.

Semejantes medidas, impensables hace unas décadas, implicaron la posibilidad -mediando el necesario consentimiento del Estado afectado- de ofrecer ayuda humanitaria en determinados lugares. En la década de los 90, el Consejo de Seguridad interpretó las violaciones masivas de los derechos humanos producto de conflictos internos como una amenaza para la paz y la seguridad internacional. Esto se debe a que una de las funciones primordiales de este organismo ha consistido en velar por la protección de las víctimas a nivel mundial y todo ello le ha llevado a establecer una relación indiscutible entre la situación interna de un país y los asuntos de índole internacional. Consideramos acertada esta relación, puesto que gran parte de los conflictos desestabilizadores en el ámbito del Derecho Internacional surgen primero a nivel nacional y luego se extienden hacia países vecinos. Una consecuencia inmediata de este tipo de situaciones son, por ejemplo, las constantes olas de refugiados que tienen lugar ante la inestabilidad regional.

Sin embargo, los instrumentos normativos internacionales no sólo no han sido capaces de garantizar un correcto mantenimiento de la paz, sino que tampoco han sabido mantener la seguridad internacional en el mundo. A veces, determinados países se han alejado unilateralmente de los instrumentos internacionales estableciendo sus propias directrices de actuación. Un ejemplo paradigmático lo ofreció el 17 de marzo de 2003 -aproximadamente 48 horas antes del comienzo de la segunda guerra de Irak- el Presidente de los Estados Unidos, GEORGE W. BUSH, cuando afirmó en un discurso televisado a la nación lo siguiente: «el Consejo de Seguridad [de la ONU] no se comporta según sus responsabilidades. Entonces, debemos hacerlo nosotros⁴⁸».

o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas».

⁴⁷ Vid. REMIRO BROTONS, A., *et. al.*, *Derecho Internacional*, *ob. cit.*, pág. 1.279.

⁴⁸ Cfr. BUSH, G., "President Says Saddam Hussein Must Leave Iraq Within 48 Hours", discurso publicado por la Casa Blanca el 17 de marzo de 2003 y disponible a continuación:

Si bien es cierto que la actuación de la ONU o del Consejo de Seguridad no ha sido especialmente eficaz en algunas ocasiones, sí lo es que frente a épocas pasadas en las que se creía que los Estados eran las únicas entidades a cargo de la protección de los derechos humanos dentro de sus límites jurisdiccionales, en la actualidad han visto "menoscabada" su soberanía en la medida en que este ámbito ha quedado regulado y condicionado fundamentalmente por el Derecho Internacional.

Siguiendo el planteamiento anterior en el que la competencia de los Estados en materia de derechos humanos se ha visto eclipsada por la actuación y la presión del Derecho Internacional, es lógico que hayan ido surgiendo diferentes mecanismos dirigidos a fomentar su promoción. Uno de ellos es la capacidad desarrollada por los individuos de reclamar sus derechos en un plano internacional. Se trata de una vía abierta que se da a cualquier persona para que pueda presentar su caso ante el respectivo mecanismo internacional competente, aunque sea en contra de su propio Estado, con la intención de reclamar la protección de sus propios derechos. También, las solicitudes y las gestiones mutuas entre los Estados han dado pie a la implementación de garantías colectivas en beneficio de ciertos grupos. En fin, todo ello muestra la clara preocupación existente en torno a este tipo de derechos en los que el Derecho Internacional juega un papel esencial como promotor de los mismos, dejando de ser éste un ámbito exclusivo del Estado que parece quedar, en muchas ocasiones, relegado a un segundo plano.

Así, con la aparición de organismos internacionales y la presencia en aumento del Derecho Internacional, es comprensible que los derechos humanos se hayan ido convirtiendo en el blanco de intereses internacionales, trascendiendo de esta manera de las propias jurisdicciones nacionales. No obstante, no deja de sorprender que la cuestión relativa a los derechos humanos haya dependido durante tanto tiempo de los intereses económicos y estratégicos de las grandes potencias. Asimismo, no debe dejarnos indiferente el hecho de que polémicos y cuestionables intereses han favorecido en muchas ocasiones la implementación de mecanismos dispares o de distinto rasero en la protección de aquéllos sin que ello haya causado un especial revuelo; esto ha sido así ya que, aunque a veces se ha visto clara la aplicación de políticas estatales dirigidas a movilizar todo tipo de actuaciones para poner término a ciertas masacres y asesinatos,

también ha sucedido que éstas, en algunos casos, han manifestado su más profunda indiferencia hacia hechos absolutamente dramáticos y terribles.

Esta actitud selectiva fundamentalmente localizada en países occidentales no deja de causar perplejidad. En muchas ocasiones, estas actuaciones se "explican" por una conjunción de elementos: a) compromiso de los Estados hacia algunas y no todas las normas que protegen los derechos humanos, y b) políticas gubernamentales que dan prioridad a ciertos intereses particulares. Se trata, en ocasiones, de una diplomacia que en realidad está orientada hacia un incremento de poder en lugar de satisfacer los intereses generales de la comunidad internacional. De igual modo, puede suceder que determinados Estados se muestren temerosos y, por lo tanto, reacios a aplicar las medidas apropiadas para poner fin a ciertas violaciones, ya que el miedo a que determinada actuación pueda ser utilizada en su contra en un futuro pesa más que cualquier actuación en defensa y promoción de los referidos derechos humanos.

En cualquier caso, queda medianamente clara la idea de que la comunidad internacional se preocupa por los derechos humanos, puesto que es evidente que las violaciones de los mismos suscitan hoy en día un rechazo más o menos generalizado. El papel que juega la cooperación internacional y la globalización es muy fuerte en la medida en que es mucha la información que afortunadamente se tiene sobre la violencia a nivel mundial. Asimismo, debe destacarse la considerable presión ejercida por las organizaciones no gubernamentales, que han venido a forzar a los gobiernos en la realización y materialización de políticas de protección en materia de derechos humanos.

De lo anterior cabe deducir que la competencia del Estado en este ámbito ha sido rebasado, eliminando prácticamente la distinción entre la vida doméstica y la realidad internacional. En este sentido, la soberanía ha dejado de ser el manto protector de los gobiernos ante violaciones atroces de derechos humanos en sus propios territorios. De alguna forma, como ya hemos apuntado, todo ello ha supuesto un "desafío" o una "amenaza" a la configuración del principio de no intervención, ya que el Derecho Humanitario está hecho, en gran parte, de concesiones obtenidas de los Estados, sobre todo de las grandes potencias. Para convencer a éstas ha hecho falta el apoyo de los pequeños y medianos países, de las autoridades morales y de la opinión pública. A veces, las potencias se han mostrado reticentes y es entonces cuando se siente el peso

del poder soberano⁴⁹. Sea como fuere, hoy en día resulta palpable la existencia de un lazo indisoluble entre los derechos humanos, la democracia y la paz. Y es que sin garantías para poder disfrutar y gozar de los derechos humanos, la democracia no puede existir, y si ésta no existe, las condiciones para poder poner fin a las controversias existentes de forma pacífica no son plausibles⁵⁰.

⁴⁹ *Vid.* PICTET, J., "The formation of International Humanitarian Law", RICR, n° 244, 1985, pág. 10. Documento disponible en: http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/RC_Jan-Feb-1985.pdf

⁵⁰ Véase el documento relativo a la promoción y protección de los derechos humanos mediante el ejercicio de la democracia que fue elaborado, el 30 de mayo de 1996, por el Consejo Económico y Social de la ONU. Documento disponible en la página web de la ONU: <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/c692a61b01c6e9f18025669d00381d1e?Opendocument>

III. Dimensión territorial y atisbos de una dimensión extraterritorial de la soberanía

La soberanía territorial implica que un Estado está legitimado para conocer y juzgar a las personas y los hechos delictivos localizados en su territorio⁵¹. En otras palabras, la soberanía territorial es clave, ya que determina en gran medida el alcance de la actuación judicial estatal. El territorio, pues, se erige como un elemento emblemático y significativo sobre el que la soberanía de un Estado se proyecta más acusadamente. En el ámbito penal esto resulta aún más evidente, puesto que son muchos los argumentos que tienden a inclinarse por la preeminencia de una jurisdicción territorial como título fundamental de atribución competencial⁵². El territorio, en definitiva, determina el ámbito sobre el que la jurisdicción de un Estado se extiende⁵³.

Consecuentemente, el conjunto de competencias de las que dispone un Estado se manifiestan, en primer lugar, sobre su territorio. No cabe duda de que la autoridad estatal aglutina todos los poderes sobre las personas, actos y cosas que ahí se

⁵¹ Un Estado en el ejercicio de su jurisdicción territorial puede juzgar actos cuyos elementos constitutivos hayan ocurrido parcialmente en su territorio (es decir: si un acto se ha iniciado en el exterior pero es consumado en su territorio -territorialidad objetiva- o, a la inversa, si un acto iniciado en su territorio es consumado en el extranjero -territorialidad subjetiva-).

⁵² Son muchos los argumentos a favor de la supremacía de la territorialidad. Por ejemplo: «the primary aim of the criminal law is to enable punishment in each country of offences committed in the national territory. That territory is where evidence of the offence can most often be gathered. That is where the offence generally produces its effects. Finally, that is where the punishment imposed can most naturally serve as an example. Thus, the Permanent Court of International Justice observed as far back as 1927 that “in all systems of law the principle of the territorial character of criminal law is fundamental”». Opinión del Presidente GUILLAUME en el asunto *República Democrática del Congo c. Bélgica* (también conocido como: *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000*). Documento disponible en la página web de IILJ: <http://iilj.org/courses/documents/TheYerodiaseedt.pdf>

⁵³ El término "jurisdicción" se contempla como la expresión de la soberanía estatal y constituye una de las formas más obvias del poder soberano. Así quedó expuesto en el asunto *Cristina* (1938). El supuesto se remonta a la Guerra Civil española cuando se produjo la caída del Frente Norte. El buque "Cristina" mantuvo hasta ese momento sus viajes a Reino Unido y Holanda, transportando hierro, carbón y armamento. Por un Decreto de 28 de junio de 1937, el gobierno republicano requisó todos los buques mercantes registrados en Bilbao. El referido mercante llegó a Cardiff el 8 de julio de ese mismo año y los agentes del gobierno republicano -en virtud del citado Decreto- tomaron posesión del mercante. Ante tales circunstancias, Lord Macmillan argumentó que la soberanía era un atributo esencial de los Estados y el Reino Unido, como país independiente, poseía jurisdicción sobre todas las personas y cosas que se encontraran dentro de sus límites territoriales, así como sobre todas las causas civiles y penales nacidas dentro de dichos límites. Se trata del asunto: *Compañía Naviera Vascongada v. S.S. Cristina and All Persons claiming an Interest therein*. Así pues, de este caso se deduce que la jurisdicción estatal constituye el ejercicio exclusivo del poder soberano de un país en su territorio. *Vid.* SALINAS BURGOS, H., "El principio de jurisdicción universal: ¿Lex Lata o Lex Desiderata?", RCD, Vol. 34, nº 1, 2007, pág. 108. En torno a estas cuestiones, el citado autor se expresa de la siguiente forma: «La jurisdicción es la manifestación de la soberanía de un Estado. Es entendida como la facultad o potestad de juzgar, es decir de ejercer sobre determinadas personas y en relación a determinados hechos uno de los poderes del Estado, el *ius puniendi* que la ley le atribuye». *Cfr.* SALINAS BURGOS, H., *ob. cit.*, pág. 108.

encuentren, con capacidad para legislar, juzgar y ejecutar los dictados de su ordenamiento.

Los Estados han de garantizar y asegurar, mediante la utilización de todos los medios que sean necesarios y oportunos, el cumplimiento de sus obligaciones y deberes internacionales, sin que ello signifique que sean responsables de todos los actos ilícitos que ocurran en su propio territorio. No obstante, sí podrán serlo en el caso de que fallen en su deber de prevención o no los persigan ni sancionen como se espera de un Estado soberano.

La soberanía que un Estado ejerce sobre su territorio es plena y exclusiva⁵⁴, rasgos éstos que justifican la preeminencia del principio de territorialidad en materia de jurisdicción penal. Por otro lado, motivos de oportunidad procesal justifican también la idea de superioridad del reiterado principio, erigiéndose éste como el título de atribución competencial por excelencia.

El árbitro HUBER en el asunto de *Isla de Palmas* lo expresó en términos que han sido repetidamente citados: «La soberanía, en las relaciones entre Estados, significa independencia. La independencia respecto de una parte del globo es el derecho a ejercer en dicho lugar, las funciones estatales, con exclusión de cualquier otro Estado. El desarrollo de la organización de las naciones en forma estatal y, correlativamente el desarrollo del derecho internacional ha establecido este principio de la competencia exclusiva del Estado respecto de su propio territorio, de suerte que han hecho de dicho principio el punto de partida para resolver la mayoría de las cuestiones relativas a las relaciones internacionales⁵⁵».

No obstante, ello no es óbice para admitir un ejercicio extraterritorial de la jurisdicción de los Estados bajo determinadas circunstancias⁵⁶. Es más, ROSALYN HIGGINS, Presidenta que fue de la CIJ, considera que no debe contemplarse la

⁵⁴ SALINAS BURGOS se pronuncia acerca del tipo de poder, en forma de soberanía, que un Estado proyecta sobre su territorio y afirma, como ya se ha dicho, que es «(...) plena porque por encima de un mínimo, las competencias del Estado permanecen indeterminadas *ratione materiae* y cada cual es libre de fijar su alcance; exclusiva porque el Estado monopoliza, en principio, todos los poderes, en especial el empleo de la fuerza, y si bien puede limitarlos o transferir su ejercicio, mediante el consentimiento libremente expresado a otro Estado o a una organización internacional, los poderes le revierten automáticamente cuando la limitación o la cesión termina». Cfr. SALINAS BURGOS, H., *ob. cit.*, pág. 108.

⁵⁵ Documento disponible en la página web de la ONU: http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_II/829-871.pdf

⁵⁶ Vid. FUENTES TORRIJO, X., "La jurisdicción universal y la Corte Penal Internacional", REJ, nº 4, 2004, pág. 123.

territorialidad como una regla general y los casos de extraterritorialidad -supuestos en los que se produce el ejercicio de la jurisdicción fuera de las fronteras del propio Estado- como excepciones a esa regla, sino más bien como normas complementarias, que coexisten una al lado de la otra⁵⁷.

Asimismo, fue SIR GERALD FITZMAURICE quien, en el asunto *Barcelona Traction* -ventilado ante la CIJ-, emitió una opinión separada en la que manifestó que los Estados se encuentran obligados a actuar con "moderación y contención" respecto del ejercicio de la jurisdicción de los tribunales de un Estado cuando exista algún elemento extranjero con la intención de evitar un indebido solapamiento con la jurisdicción de otro Estado⁵⁸.

En todo caso, conviene destacar que en materia penal, el principio de territorialidad cuenta con una situación privilegiada pues, debido a su *proximidad* con el delito, facilita no sólo su investigación, sino también su enjuiciamiento; favorece muy especialmente la identificación y la localización de personas implicadas, y resulta más sencillo obtener por medio del mismo las declaraciones de testigos, así como las pruebas pertinentes. Igualmente, este principio logra con mayor efectividad la tramitación de documentos que puedan resultar necesarios, así como la detención de personas implicadas y la entrega y traslado de acusados en el caso de que se pretendan poner a disposición de un tribunal. Todas estas actuaciones suponen dotar al proceso de las garantías exigibles para su buen y debido desarrollo que redundan siempre en beneficio de las partes y del interés público. Según ABI-SAAB, el juez del lugar en el que sucedió el delito es el que mejor puede ejercer la jurisdicción porque: «es el más cercano a la escena, al *dramatis personae* y al contexto social del delito, sin mencionar las pruebas y los testigos⁵⁹».

Es necesario puntualizar brevemente que la jurisdicción debe ser entendida en el marco de este trabajo como la facultad o potestad de juzgar, es decir, de ejercer sobre determinadas personas y en relación con determinados hechos, uno de los poderes del Estado, sometiéndolas, en el caso del Derecho Penal, al *ius puniendi* que la ley le

⁵⁷ Vid. HIGGINS, R., "Allocating competence: Jurisdiction", *Problems and Process. International Law and How We Use It*, Ed. Oxford University Press, Reino Unido, 1995, pág. 58.

⁵⁸ La opinión separada de SIR GERALD FITZMAURICE se encuentra disponible en la página web de la CIJ: <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5397.pdf>

⁵⁹ Cfr. ABI-SAAB, G., "The Proper Role of Universal Jurisdiction", JICJ, Vol. I, 2003, pág. 596: «He is the closest to the scene, the *dramatis personae* and the social environment of the crime, not to mention the evidence and the witnesses».

atribuye⁶⁰. Debido a que el *ius puniendi* se encuentra íntimamente unido con la idea de soberanía, la legislación que resulta aplicable por los órganos judiciales de un Estado es la propia *lex fori*.

Por lo tanto, en lo que se refiere al ámbito de la jurisdicción penal estatal, resulta conveniente destacar que serán básicamente sus normas internas las que determinen su ámbito de aplicación material, así como el alcance o el grado de actuación de sus tribunales, ya que en virtud de su propia soberanía establecerá un sistema penal sustantivo y procesal en el que se concretarán y se delimitarán los comportamientos delictivos, las condiciones de imputabilidad, las penas y sanciones aplicables, etc. Todo ello, contemplado desde la perspectiva del principio de territorialidad, supone que el ámbito jurisdiccional penal de un Estado se ciñe a su espacio territorial, pero, como ya se ha indicado, este principio no opera de forma absoluta ni excluyente. Es posible que a través, por ejemplo, del criterio de la nacionalidad, un Estado pueda aplicar su normativa a los nacionales que se encuentran en el extranjero. Ello implica la necesidad de que se determine con carácter perentorio y con la mayor claridad posible qué casos y qué límites permiten el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción estatal.

El carácter no absoluto de la territorialidad ha quedado plasmado en numerosos pronunciamientos judiciales. A estos efectos, conviene traer a colación la Sentencia de la CPIJ en el asunto *Lotus* (1927)⁶¹ la cual aceptó la competencia de los Estados de ejercer jurisdicción respecto de actos cometidos más allá de su territorio. En dicho asunto se aceptó la idea de que si bien el Derecho Internacional se encarga de regular el ejercicio del poder estatal entre los Estados, también es cierto que aquél no establece una prohibición general dirigida a los Estados para que no extiendan su legislación ni su jurisdicción a personas, propiedades y actos ocurridos fuera de su territorio. Por el contrario, el Derecho Internacional concede un amplio grado de discreción que únicamente se limitara, puntualmente, por normas prohibitivas⁶².

La premisa principal sobre la que descansa la Sentencia de la Corte en el asunto *Lotus* es la libertad soberana, según la cual todo Estado puede regular bajo su discreción

⁶⁰ Vid. SÁNCHEZ LEGIDO, A., "La Jurisdicción universal: concepto y antecedentes", *Jurisdicción universal penal y Derecho internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 21 y ss.

⁶¹ El asunto versó sobre la colisión que se produjo en alta mar entre dos barcos, uno francés y otro turco, a raíz del cual se hundió el buque turco pereciendo ocho de sus tripulantes. El barco francés prosiguió su ruta y llegó a Estambul. Allí las autoridades turcas enjuiciaron al capitán del buque francés por homicidio. Documento disponible en la página web de worldcourts.com:

http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus/

⁶² *Ibidem*.

su propia normativa y la ejecución de la misma. Además, la Sentencia puso de manifiesto que todos los ordenamientos jurídicos a pesar de optar por un marcado carácter territorial del Derecho Penal, extienden su jurisdicción a delitos cometidos más allá del territorio del Estado.

De esta forma, el asunto citado constituyó todo un precedente para la época, pues se entendió que cada Estado era libre, en cierta medida, de regular las materias que estimara pertinentes en el ejercicio de su poder legislativo y judicial, siempre y cuando no sobrepasaran las eventuales reglas prohibitivas del Derecho Internacional. Este valioso precedente contaba con un claro antecedente en 1924 en virtud del cual la Corte estableció una presunción a favor del Estado en su libre ejercicio del poder legislativo y judicial en relación con los demás entes territoriales⁶³.

En cualquier caso, en la práctica, los Estados suelen delimitar de forma muy escrupulosa el tipo de jurisdicción que tienen sus tribunales en relación con hechos ocurridos en el extranjero. Por lo tanto, la posibilidad de que un Estado se pueda atribuir la competencia para conocer de un asunto acaecido más allá de sus límites territoriales presenta un carácter muy limitado; por lo general, se establecen nexos de unión entre el Estado y los hechos que pretende enjuiciar para poder atribuirse competencia⁶⁴. Pero puede irse más lejos.

En 1962, el asunto *Eichmann*⁶⁵ trajo consigo la polémica actuación de los jueces de Israel (que en el momento en el que los crímenes fueron cometidos no existía todavía como Estado). En dicho caso, se juzgó y se ejecutó a Adolf Eichmann por los crímenes que había cometido durante la Segunda Guerra Mundial en los campos de exterminio de la Alemania nazi. Este asunto puso de relieve la capacidad de actuación de un Estado en la aplicación de su propia normativa penal respecto de actos cometidos en el extranjero. No obstante, se vulneró el Derecho Internacional en lo que se refiere al secuestro del antiguo oficial alemán en Argentina por las autoridades israelíes. Así pues, estuviera o

⁶³ CPJI, *Decretos de Nacionalidad en Túnez y Marruecos*. Documento disponible en la página web de worldcourts.com: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1923.02.07_morocco/

⁶⁴ A este respecto, SÁNCHEZ LEGIDO menciona acertadamente la Sentencia *Bankovic* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -relativa a la demanda contra los Estados miembros de la Organización del Tratado del Atlántico Norte por los daños causados durante su intervención en Kosovo en el año 1999- en la medida en que estableció que los otros títulos de jurisdicción (al margen del de territorialidad) son excepcionales y necesitan en cada caso una justificación especial en función de las circunstancias concretas del asunto. *Vid.* SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 32.

⁶⁵ La documentación completa sobre el asunto *Eichmann* se encuentra disponible en la página web del Equipo Nizkor: <http://www.nizkor.org/hweb/people/e/eichmann-adolf/transcripts/Sessions/index-05.html>

no justificado el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial sobre Eichmann bajo la *Nazi Collaborators (Punishment) Law*⁶⁶, lo que no podía estarlo era su aprehensión coactiva por agentes israelíes en territorio argentino, puesto que ello constituye una innegable y flagrante violación de la soberanía territorial⁶⁷.

En cualquier caso, el asunto *Eichmann* ha constituido el antecedente más relevante para animar o concienciar a los sistemas jurídicos internos de los Estados acerca de la posibilidad de ejercer su propia jurisdicción en la persecución de los crímenes contra la humanidad aún cuando los mismos sean cometidos en el extranjero por extranjeros o contra extranjeros. Ello muestra la considerable evolución del ejercicio jurisdiccional de los Estados. Así lo indica SCHUTTER: «un número de Estados ha incluido en sus provisiones de legislación criminal la investigación y el procesamiento de crímenes internacionales, incluso cuando tales crímenes son cometidos fuera de su territorio nacional, y pese a si realmente los autores o las víctimas son nacionales del Estado afectado⁶⁸».

Así pues, para concluir -aun teniendo claro que la competencia estatal reside básicamente en el principio de territorialidad- es del todo acertado el planteamiento consistente en considerar factible la existencia de una competencia estatal de carácter extraterritorial. En este caso, se trata de averiguar si un Estado dispone o no de competencia o jurisdicción necesaria para legislar, juzgar y ejecutar lo juzgado sobre personas situadas y/o sucesos acontecidos en el extranjero; es decir, se trata de dilucidar si un Estado tiene -y en qué medida- capacidad para actuar fuera de su propio territorio.

⁶⁶ Documento disponible en la página web del Ministerio de Asuntos Exteriores de Israel:

http://www.mfa.gov.il/MFA/MFAArchive/1950_1959/Nazis%20and%20Nazi%20Collaborators%20-Punishment-%20Law-%20571

⁶⁷ Así lo consideró la Resolución de 23 de junio de 1969 (número 138) del Consejo de Seguridad de la ONU. Ésta fue consecuencia de la protesta presentada por Argentina, el 8 de junio de ese mismo año, contra la actuación del gobierno israelí en virtud de la cual indicó que se había vulnerado su soberanía y exigió, además, la devolución de Eichmann con la intención de que una vez devuelto se pusieran en marcha -bajo cauces de normalidad- los trámites para su legal extradición. *Vid.* LABARDINI, R., "La impaciencia del fiscal: El secuestro transfronterizo", AMDI, n° 28, 1998, pág. 389 y 390. Documento disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/28/cnt/cnt16.pdf>

⁶⁸ *Cfr.* DE SCHUTTER, O., "Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations"; informe realizado para el seminario organizado por la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, en Bruselas, durante el 3 y 4 de noviembre de 2006. Documento disponible en: <http://www.reports-and-materials.org/Olivier-de-Schutter-report-for-SRSG-re-extraterritorial-jurisdiction-Dec-2006.pdf>

«A number of States have included in their criminal legislation provisions allowing for the investigation and prosecution of international crimes, even when such crimes are committed outside their national territory, and whether or not the perpetrators or the victims are nationals of the State concerned».

3. 1. *Alcance de la legalidad de la jurisdicción extraterritorial*

Con el asunto *Lotus* se puso de relieve la posibilidad de que un Estado ejerciera su jurisdicción fuera de su territorio siempre que dicha actuación no se encontrara expresamente prohibida por la normativa internacional. Es decir: en el caso de encontrar una prohibición expresa contenida en el Derecho Internacional, el Estado sí que vería limitada su capacidad de maniobra⁶⁹.

La Corte se debatía entre optar por un enfoque de libertad en la actuación de los Estados en virtud de la cual se admitiría el derecho de Turquía a ejercer jurisdicción sobre el teniente Demons (no quedando admitido el ejercicio de dicha jurisdicción en el supuesto en el que existiera una regla prohibitiva en contrario); u optar por presumir la ilegalidad del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial turca (pudiendo, en este caso, ejercer la referida jurisdicción si se advirtiera una norma permisiva pactada por las partes en algún tratado o en alguna costumbre internacional). Al final, la CPJI se decantó por la primera opción, determinando que los Estados eran libres para establecer su jurisdicción en relación con actos delictivos acontecidos fuera de su territorio siempre que el Derecho Internacional no estableciera una norma en contra.

Sin embargo, el contenido de esta Sentencia se mostraría en el futuro insuficiente para resolver asuntos similares -que lógicamente con el tiempo fueron aconteciendo- ya que, *inter alia*, la decisión fue determinada por el voto de calidad del presidente (había el mismo número de votos en una posición y en otra). Más adelante, otros factores, como la evolución del Derecho Internacional⁷⁰, así como la consiguiente ordenación y distribución de competencias, limitaron o redujeron en gran medida la

⁶⁹ *Vid. Supra*. Nota 61. «(...) all that can be required of a State is that it should not overstep the limits which international law places upon its jurisdiction; within these limits, its title to exercise jurisdiction rests in its sovereignty».

⁷⁰ A modo de ejemplo, en el ámbito de la Unión Europea, el planteamiento de la jurisdicción extraterritorial responde al avance que ha sufrido recientemente el Derecho Internacional en materia penal. Así, la Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, establece en su artículo 9 que todos los «Estados miembros podrán ampliar su jurisdicción cuando el delito se cometa en el territorio de un Estado miembro». De igual manera, la Decisión marco del Consejo de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, indica en el apartado tercero del artículo 6 que: «cualquier Estado miembro que de conformidad, con su ordenamiento jurídico, no extradite a sus nacionales adoptará las medidas necesarias para establecer su competencia respecto de las infracciones constitutivas de delito en virtud de lo contenido en la referida decisión». De este modo, aunque no es cierto que la normativa europea establezca como obligatoria la jurisdicción extraterritorial, sí lo es que los Estados miembros se encuentran en ocasiones legitimados para establecer una extensión de su jurisdicción.

amplia discrecionalidad jurisdiccional que se deducía de aquel pronunciamiento judicial a favor de los Estados.

Por lo tanto, el criterio que finalmente prosperó en el caso *Lotus* ha sido sustituido. Actualmente, en lugar de atender al propio contenido de la normativa internacional para determinar si la conducta a llevar a cabo por un Estado queda o no prohibida, el criterio imperante consiste en advertir la existencia de un título habilitador que permita establecer una conexión entre el Estado que pretende actuar y el asunto que quiere juzgar.

En cualquier caso, no debe desmerecerse la importancia del asunto *Lotus*, puesto que de alguna forma el debate que entonces se sostuvo se sigue planteando prácticamente en los mismos términos a día de hoy: ¿existe libertad estatal o no en materia de jurisdicción extraterritorial? O más sencillo todavía: ¿resulta admisible el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por los Estados? Estas cuestiones plantean la legalidad de la jurisdicción extraterritorial. En la actualidad, ello sigue siendo, en algunos Estados, un problema sin cerrar.

Reflejo actual de la controversia señalada en el párrafo anterior, es el propio ordenamiento jurídico español. España, habiendo establecido durante las últimas décadas amplios títulos habilitadores para el ejercicio de una jurisdicción en el extranjero prácticamente sin obstáculos, ha cambiado recientemente de criterio y, en estos momentos, aboga por una restricción jurisdiccional en asuntos acaecidos fuera del Estado español basado en la presencia de concretos y tasados nexos.

Sea como fuere, una mayoría contundente considera la operatividad de la territorialidad en el ejercicio de la jurisdicción como un factor no excluyente de la extraterritorialidad. En otras palabras: la extraterritorialidad no debe contemplarse como una excepción a la regla general de territorialidad. La una queda complementada por la otra. Hay otras teorías que apuntan a que el propio principio de territorialidad queda articulado por influencia de la extraterritorialidad y como consecuencia de la aplicación de un test de razonabilidad⁷¹.

⁷¹ Esta interpretación del test o examen sobre la competencia "razonable" y los factores que la conforman -llevada a cabo por determinados ordenamientos jurídicos como pudiera ser el estadounidense- ha sido, en algunos casos, excesivamente expansiva, provocando airadas reacciones diplomáticas. Un ejemplo de esto fue la Ley *Helms-Burton* (*Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act* de 1996).

En cualquier caso, la práctica demuestra que cuando se ha pretendido extender el poder estatal fuera de sus propios límites territoriales, se ha apreciado, generalmente, el esfuerzo por parte de dichos Estados de establecer alguna relación con su propio territorio.

Conviene recalcar que la evolución en favor del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial ha tenido lugar, en muchas ocasiones, por motivos meramente políticos -lo que no ha dejado de generar controversia-. La Ley *Helms-Burton*, una herramienta de la política anticastrista de los Estados Unidos, ofrece un ejemplo paradigmático. Ésta posibilitó que los nacionales -incluso sobrevenidos- de Estados Unidos expropiados con la revolución cubana de 1959 pudieran plantear denuncias contra empresas que según la Ley "traficaban" con bienes confiscados por el régimen castrista.

Asimismo, la tendencia a incorporar en ordenamientos jurídicos normas que permiten el ejercicio de una jurisdicción extraterritorial se ha debido a que éstos ya contenían instrumentos que se decantaban por dicha posición. Ese también fue el caso de Estados Unidos con la aprobación en 1789 de la *Alien Tort Claims Act*⁷². Por medio de la citada ley, se otorgó competencia a los tribunales de los Estados Unidos para conocer y juzgar demandas de responsabilidad civil interpuestas por extranjeros. Ello constituía una vía legítima -en favor de los extranjeros- para reclamar la defensa de sus propios derechos en caso de que se hubiera producido un abuso de los mismos. No cabe duda de que la referida ley norteamericana se caracterizó por ser una ley precoz en la medida en que otorgaba a los supervivientes de abusos cometidos en cualquier lugar del mundo la capacidad de interponer demandas ante cortes federales estadounidenses contra los presuntos culpables que tenían suficiente contacto o residían en Estados Unidos.

Más adelante, la Ley para la Protección de Víctimas de Tortura (*Torture Victim Protection Act*) -aprobada en 1991 y ratificada por el presidente George H. W. Bush en 1992-, reconoció no sólo a los extranjeros, sino también a los ciudadanos norteamericanos, derechos similares a los contemplados en la *Alien Tort Claims Act*. Con la Ley de 1992 quedó legitimada la interposición de demandas por torturas y

⁷² La Ley mencionada dice literalmente así: «The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States» (28 U.S.C. § 1350).

asesinatos extrajudiciales cometidos en terceros países en el ejercicio de una autoridad reconocida o aparente al amparo del derecho de cualquier nación extranjera⁷³.

Fundamentalmente, el incremento de la confianza en la jurisdicción extraterritorial se ha debido a la idea -ya asentada- de unir esfuerzos en relación con la persecución de crímenes inadmisibles que debido a su trascendencia y a su consiguiente rechazo escapan de la visión territorial del problema en cuestión⁷⁴. Es cierto que en los últimos tiempos, los Estados se han esforzado por combatir unidos y rechazar conjuntamente crímenes deleznable por medio del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial. Así, el principio de territorialidad se constituye como un principio general en el ámbito jurisdiccional de un Estado, siendo la extraterritorialidad ya no un principio excepcional sino complementario que tiene cabida en caso de que exista un interés concreto por parte del Estado que interviene⁷⁵.

BROWNLIE afirma, en relación con la forma en la que se debe ejercitar la jurisdicción extraterritorial, que: «los actos extraterritoriales podrán ser objeto de jurisdicción únicamente si determinados principios generales son contemplados. Esto es: 1) que debe haber una conexión sustancial y auténtica entre la materia y la fuente de la jurisdicción; 2) que el principio de no intervención en la jurisdicción doméstica o territorial de otros estados debe ser necesariamente valorado y estudiado; 3) que este tipo de jurisdicción debe basarse en elementos de reciprocidad y la proporcionalidad. De esta forma, el residente nacional en el extranjero no se ve obligado a violar la ley del lugar en el que reside⁷⁶».

⁷³ La citada Ley se expresa en los siguientes términos: «Liability- An individual who, under actual or apparent authority, or color of law, of any foreign nation--(1) subjects an individual to torture shall, in a civil action, be liable for damages to that individual; or (2) subjects an individual to extrajudicial killing shall, in a civil action, be liable for damages to the individual's legal representative, or to any person who may be a claimant in an action for wrongful death. (b) Exhaustion of Remedies- A court shall decline to hear a claim under this section if the claimant has not exhausted adequate and available remedies in the place in which the conduct giving rise to the claim occurred. (c) Statute of Limitations- No action shall be maintained under this section unless it is commenced within 10 years after the cause of action arose». Documento disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/econ/TVPA.html>

⁷⁴ Ello se hizo especialmente tangible -como posteriormente se verá- durante la celebración de los juicios de Nüremberg.

⁷⁵ *Vid.* SALINAS BURGOS, H., *ob. cit.*, pág. 110. El autor pone de relieve que dicho interés queda materializado fundamentalmente a través de los principios habilitadores de personalidad activa o pasiva, así como por el de protección.

⁷⁶ *Cfr.* BROWNLIE I., "Jurisdictional Competence", *Principles of Public International Law*, Ed. Oxford University Press, 6ª edición, New York, 2003, pág. 309 (advirtiéndose que hay una 7ª edición de 2008): «Extraterritorial acts can only lawfully be the object of jurisdiction if certain general principles are observed: 1) that there should be a substantial and *bona fide* connection between the subject-matter and the source of the jurisdiction; 2) that the principle of non-intervention in the domestic or territorial jurisdiction of other states should be observed; 3) that a principle based on elements of accommodation,

a. ¿En qué consiste la actividad jurisdiccional extraterritorial de un Estado?

El ejercicio de la jurisdicción extraterritorial implica la extensión de la actuación de los órganos judiciales de un Estado más allá de sus fronteras con el objeto de conocer y juzgar hechos delictivos que ahí acontecen. Esta actuación no puede estar en ningún caso vinculada con el uso de la fuerza ni con cualquier otra actividad que menoscabe la integridad territorial del Estado extranjero⁷⁷.

Cuando un Estado decide ejercer la jurisdicción extraterritorial el efecto más inmediato es la aplicación de su normativa en el espacio físico en el que han acontecido los ilícitos. No obstante, en algunos casos, para proceder a su aplicación es necesario que el Estado afectado por la extraterritorialidad prevea que el comportamiento ilícito ocurrido en su territorio constituye un delito penal⁷⁸.

De la jurisdicción extraterritorial se deducen una serie de principios que tienen por objeto conferir legitimidad a este tipo de actuaciones. Así, un Estado puede adoptar normas con la intención de que produzcan su correspondiente efecto en el extranjero, estableciendo que algunas conductas sean perseguidas, por ejemplo, bajo la aplicación del principio de nacionalidad. En estas circunstancias, la eficacia de éstas dependerá de la habilidad del Estado en procurar que los otros doten a las mismas de la eficacia precisa en su respectivo territorio. Es posible que el Estado que permite el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial en su territorio tenga efectivo poder sobre la persona que realiza el acto delictivo. En esos casos, la soberanía del Estado del territorio quedaría mermada y, además, la eficacia de la jurisdicción extraterritorial posiblemente dependería de si ese Estado, el del foro, permite el ejercicio de la referida jurisdicción extraterritorial sin ofrecer obstáculo alguno.

A la vista de las consideraciones anteriores, cabe comprender los argumentos encaminados a sostener la existencia de cierto caos judicial generado ante determinadas situaciones. De hecho, algunos creen que se produce un daño grave a la soberanía cuando los Estados actúan y juzgan hechos delictivos que no les "incumben" por no haber tenido lugar en su propio espacio territorial; éstos consideran que en tales

mutually, and proportionality should be applied. Thus nationals resident abroad should not be constrained to violate the law of the place of residence».

⁷⁷ Ello se encuentra estrechamente relacionado con el principio de no intervención recogido en el artículo 2.4 de la Carta de la ONU.

⁷⁸ A modo aclaratorio, en el caso de procedimientos civiles, la cuestión relativa a la aplicación de la ley del Estado del foro o la ley del territorio dependerá únicamente de lo establecido en el ámbito normativo del Derecho Internacional privado.

situaciones dichos Estados deberían abstenerse de actuar. El Presidente de la CIJ, GUILLAUME proclamó lo siguiente: «en ningún momento se ha previsto que la competencia deba ser otorgada a los tribunales de cada Estado en el mundo para enjuiciar delitos independientemente de donde se encuentren los autores y las víctimas, así como independientemente del lugar en el que los actos delictivos fueran cometidos. Ello contribuiría al riesgo de crear el caos total judicial y fomentaría la arbitrariedad en beneficio de los poderosos, supuestamente actuando como agente en contra de un mal imperante en la Comunidad internacional⁷⁹». Las palabras del Presidente hacen fundamentalmente referencia a los casos en los que se alega por parte de un Estado la *jurisdicción universal* para perseguir determinados crímenes⁸⁰.

b. ¿Existencia de títulos habilitadores que legitiman el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial?

Los principios básicos del Derecho Internacional fueron expuestos en el *Harvard Research International Law* por los miembros de la facultad de Derecho de la Universidad de *Harvard* durante los años 20 y 30⁸¹. Ello constituyó un considerable esfuerzo de exposición y de codificación en torno a las normas internacionales de jurisdicción. En dicho informe quedaron plasmados principios en virtud de los cuales se reconocía, bajo determinadas circunstancias, la autoridad de un Estado no constreñido en su actuación por límites territoriales. Obviamente se hizo referencia al principio de territorialidad como un principio imprescindible, esencial y básico en la actuación de los Estados. Además, el mismo se constituía, por aquel entonces, como un mecanismo clave que permitía "responsabilizar" a un Estado ante otros por el incumplimiento de sus compromisos asumidos en el seno de la comunidad internacional⁸².

Asimismo, el informe de *Harvard* hacía hincapié, como no podía ser de otro modo, en el principio de nacionalidad en virtud del cual se declaró que un Estado

⁷⁹ Ello corresponde al asunto *República Democrática del Congo c. Bélgica*: «At no time has it been envisaged that jurisdiction should be conferred upon the courts of every State in the world to prosecute crimes, whoever their authors and victims and irrespective of the place where the offender is to be found. To do this would, moreover, risk creating total judicial chaos. It would also be to encourage the arbitrary for the benefit of the powerful, purportedly acting as agent for an ill-defined "international community"». *Vid. Supra*. Nota 52.

⁸⁰ Brevemente explicado, pues será objeto de un extenso desarrollo en capítulos siguientes, la jurisdicción universal es entendida como la posibilidad de ejercitar jurisdicción extraterritorial sin necesidad de que exista vínculo de conexión alguno entre el Estado que actúa y los ilícitos que pretende juzgar.

⁸¹ *Vid.* "Draft Convention on Jurisdiction with respect to Crime", AJIL, 1935, supl., págs. 437 a 615.

⁸² *Vid.* MAIER, H. G., "Jurisdictional Rules in Customary International Law", en: MEESSEN, K.M. (coordinador), *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice*, Ed. Kluwer Law International, Reino Unido, 1996, pág. 67.

disponía de jurisdicción sobre sus nacionales independientemente de donde se encontraran. Este título atributivo de competencia, junto con el de territorialidad, suponía el reconocimiento de la legitimidad y de la jurisdicción concurrente de varios Estados sobre un mismo acto delictivo cometido por los nacionales de un país en el territorio de otro. De igual manera, se produjo el reconocimiento de otros principios o títulos que daban la posibilidad de que se ejercitara la jurisdicción extraterritorial de un Estado en relación con hechos delictivos desvinculados del concepto de territorio y nacionalidad, ya que determinó la existencia del principio de protección, de universalidad y de personalidad pasiva (principios que en la actualidad aparecen recogidos en numerosos tratados). Dichos títulos permiten a un Estado ejercer su competencia legislativa y judicial sobre personas y cosas que se encuentren en el extranjero, así como respecto de hechos que ahí se verifiquen.

MAIER nos ilustra acerca de la verdadera intención de estos títulos competenciales: «la proposición de que un Estado es libre para actuar en contra de acontecimientos o personas que se encuentran fuera de su territorio, salvo que no sea frenado por una regla prohibitiva de la ley internacional, tiene su base en el reconocimiento de que un Estado tiene interés en proteger su sociedad cuando el mismo es a su vez asumido por actos que acontecidos fuera de su territorio sí provocan un efecto en el suyo⁸³». Igualmente, considera que la resolución de posibles cuestiones de legitimidad en casos de jurisdicción concurrente debe producirse en el ámbito del Derecho Internacional, al amparo del principio internacional de cortesía (*principle of international comity*) que constituye un principio pragmático asentado en la necesaria idea de reciprocidad⁸⁴.

Sea como fuere, se extrae la idea fundamental de que el Derecho Internacional exige un vínculo para que un Estado pueda articular una jurisdicción de carácter extraterritorial. Es más, este vínculo debe ser auténtico, sustancial y de *bona fide*,

⁸³ Cfr. MAIER, H.G., *ob. cit.*, pág. 69: «The proposition that a state is free to act against events or persons outside its territory unless restrained by a prohibitory rule of international law is informed by a recognition that a state is justified by its interest in protecting its society when its self-interest is engaged by acts outside its territory that have an effect with its territory».

⁸⁴ *Ibidem*. A estos efectos, el asunto *Hilton c. Guyot* ventilado en la Corte Suprema de Estados Unidos en 1895 puso de relieve que: «the extent to which one nation shall be allowed to operate within the dominion of another nation, depends upon the comity of nations. Comity in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of mere courtesy and good will, upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive, or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience and to the rights of its own citizens, or of other persons who are under the protection of its laws». Documento disponible en la página web del Centro de la Corte Suprema de Estados Unidos: <http://supreme.justia.com/us/159/113/case.html>

legítimo o, al menos, un contacto significativo entre el Estado y el ilícito ocurrido fuera de sus límites territoriales⁸⁵. En definitiva, un Estado dispondrá de competencia para conocer de un caso cuando entre éste y el hecho delictivo en cuestión exista algún tipo de relación -no pudiendo consistir la misma en un mero interés político, económico, etc.-. Por lo tanto, es necesario que verdaderamente se produzca una conexión directa y sustancial entre el Estado que pretende juzgar y el hecho delictivo que va a ser juzgado. Esta es, pues, la posición mayoritaria de la doctrina que no se conforma «con apreciar la inexistencia de una norma prohibitiva para aceptar el ejercicio libre de la soberanía más allá del territorio del Estado, sino que reclama para ello un positivo título habilitador (...)»⁸⁶.

AMBOS hace referencia a todas estas cuestiones y entiende que por medio de una conexión legítima surge una presunción favorable de legalidad y de legitimidad relativa a la extensión del *ius puniendi*. No obstante, considera que hay que averiguar si la referida extensión basada en un nexo o vinculación abstracta es contraria a una expresa prohibición jurídica internacional. Esto último cobra particular relevancia, ya que dicho examen material -de carácter jurídico internacional- acerca de si el vínculo abstracto permite o no el efectivo ejercicio de la potestad jurisdiccional, es tan fundamental como la propia existencia del vínculo en sí mismo. En otras palabras, se trata de determinar que dicha extensión se haga de conformidad con la normativa internacional⁸⁷. El autor mencionado indica, además, que esta extensión extraterritorial debe producirse dentro de un marco normativo concreto y razonable; asimismo, señala que debe llevarse a cabo una verdadera ponderación de los intereses estatales afectados y de las soberanías que puedan quedar damnificadas, resolviéndose todo ello a través «(...) de un mandato de optimización jurídico internacional semejante al principio jurídico constitucional de concordia en relación a otros Estados (...)»⁸⁸.

En definitiva, lo importante es que efectivamente se dé una vinculación entre el Estado que actúa y el hecho delictivo que pretende juzgar. Lógicamente, esta vinculación tendrá lugar cuando responda a principios como el de *personalidad*⁸⁹ -

⁸⁵ Vid. SIMON, J-M., "Jurisdicción Universal; La perspectiva del Derecho Internacional Público", REEI, nº 4, 2002, pág. 11.

⁸⁶ Cfr. REMIRO BROTONS, A., *et. al.*, *Derecho Internacional*, *ob. cit.*, pág. 131.

⁸⁷ Vid. AMBOS, K., "Los fundamentos del *ius puniendi* nacional, en particular, su aplicación extraterritorial", BMDC, mayo-agosto (año XL), nº 119, págs. 271 y 272.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ El principio de personalidad constituye un título habilitador de competencia que otorga capacidad a un Estado para juzgar personas físicas o jurídicas que se encuentren vinculadas a él a través del elemento de

evidentemente relacionado con la nacionalidad de la persona- y el de *protección*⁹⁰ - relativo a la lesión de intereses fundamentales o esenciales del Estado-⁹¹. No obstante, el ***principio de universalidad*** que afecta a la sociedad internacional en su conjunto goza de la peculiaridad de no necesitar vínculos o nexos con el Estado en cuestión para que sea válido el ejercicio de su jurisdicción extraterritorial.

Por lo tanto, ante la inexistencia de dichos vínculos no habrá margen alguno para que el Derecho Internacional avale este tipo de situaciones, salvo en el caso del *principio de universalidad* que, como hemos visto, no requiere la presencia de los mismos para resultar operativo. El objetivo principal de éste consiste en proteger determinados intereses de la sociedad internacional y su especialidad radica en permitir «una persecución extraterritorial a nivel mundial, con independencia de cual sea el lugar del hecho y la nacionalidad del autor o de la víctima⁹²». Otro aspecto importante que se deduce del principio de universalidad es que resulta únicamente aplicable a concretos y delimitados crímenes que se encuentran definidos en el Derecho Internacional convencional, así como consuetudinario, como son: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, la piratería, el secuestro de aeronaves, la esclavitud y los supuestos más graves de crímenes de guerra⁹³.

la nacionalidad (ello ocurre tanto si se encuentran en el territorio como fuera de él). Evidentemente, este principio puede encontrar sus límites, como puede ser, por ejemplo: la imposibilidad de exigir a sus nacionales comportamientos o actuaciones contrarias al Derecho interno del Estado en el que se encuentran. Concretamente, el principio de personalidad pasiva habilita a un Estado a actuar sobre personas que causan un perjuicio a su nacional y el principio de personalidad activa otorga competencia al Estado de la nacionalidad del presunto culpable.

⁹⁰ El principio de protección concede competencia a un Estado con carácter extraterritorial con la finalidad de proteger sus emblemas, símbolos, así como intereses fundamentales. Este principio fue invocado por Israel para justificar su persecución contra los nazis. En España, el citado principio queda ubicado en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, como se verá más adelante, ha sido objeto de una modificación reciente en su párrafo cuarto. En cualquier caso, dicho artículo establece que nuestros jueces conocerán y juzgarán los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando los mismos constituyan, entre otros casos, delitos contra la paz o independencia del Estado. Su relación con el principio de territorialidad responde a la necesidad de otorgar competencia a un Estado en el caso de que vea amenazados sus intereses fundamentales cuando en el país en el que tienen lugar no se han adoptado las medidas oportunas.

⁹¹ Aparte de los principios referidos, debe mencionarse el principio del pabellón que atribuye poder soberano sobre buques, aeronaves y vehículos espaciales al Estado cuyo pabellón enarbolan o bajo el que estén registrados. El Estado del pabellón, de conformidad con el artículo 94 de la Convención de la ONU sobre el Derecho del Mar, ejerce su *ius puniendi* sobre los hechos que acontezcan en el buque en cuestión.

⁹² Cfr. AMBOS, K., *ob. cit.*, pág. 285.

⁹³ Así, el Derecho Internacional proclama la idea de que todos los Estados deben tener interés en la persecución de delitos de extrema gravedad y, como no podía ser de otra manera, la mencionada persecución no puede depender de la concurrencia de intereses particulares estatales. Estos delitos de extrema gravedad han estado contenidos en la agenda de la Comisión de Derecho Internacional durante largas décadas. Aunque ello será abordado más adelante, la mencionada Comisión tuvo encomendada «la

Así, lo particularmente relevante es que este principio se consagra a la persecución de delitos de especial importancia en virtud de los cuales los Estados se encuentran legitimados y, en algunos casos, obligados a iniciar procesos contra este tipo de ofensas, independientemente de la nacionalidad de la persona que los haya cometido o los haya sufrido, así como del lugar en el que se hayan producido. Y no sólo eso, sino que su articulación no tiene por objeto representar o sustituir a otros Estados en la persecución de un determinado delito, sino que el mismo da pie a que un Estado actúe por iniciativa propia, de forma originaria.

Por consiguiente, el principio de universalidad conlleva una auténtica extensión de competencias que permite al Estado ejercitar su jurisdicción aún cuando no presente relación alguna con el acto delictivo ni con el ofendido o la víctima. Este título atributivo de competencias es una excepción a aquellos otros que sí necesitan un nexo de unión para justificar la jurisdicción extraterritorial de un Estado. Ello, como no podía ser de otro modo, genera el rechazo de los países que consideran que su aplicación es una vulneración o un ataque a la soberanía⁹⁴. Generalmente, este principio se ve acompañado de cierta polémica y es por ello que en muchas ocasiones para evitar un abusivo uso del mismo se ha exigido, al menos, que el extranjero "sospechoso" se encuentre en el territorio del Estado que desea asumir la jurisdicción, tal y como se puso de relieve en el artículo 10 del proyecto de *Harvard Research in International Law* antes señalado.

De todo lo anterior resulta que junto con el principio de territorialidad, que constituye la forma más sencilla y ordinaria de atribuir capacidad jurisdiccional a un Estado, cabe hablar de la existencia de títulos especiales -vinculados a situaciones muy concretas- que generan una extensión de competencias. Esto mismo fue establecido en la Resolución aprobada en Cracovia, el 26 de agosto de 2005, por el Instituto de

codificación general de crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad o de un código penal internacional, [respecto] de los principios reconocidos en el Estatuto y en la Sentencia del Tribunal de Nüremberg (...)). Cfr. REMIRO BROTONS A., "Crímenes internacionales: el principio de persecución universal", *El caso Pinochet: los límites de la impunidad*, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, pág. 51. Por lo tanto, se advierte que ciertos delitos pueden recibir la calificación de crímenes internacionales y, consecuentemente, ser perseguidos y castigados por Estados que no tengan vinculación alguna con ellos.

⁹⁴ Como observa PUTTLER: «When applicable, it allows a state to extend its jurisdiction to offences where neither the act nor the offender nor the victim has any relation to its territory. Consequently, the exercise of such jurisdiction often entails the danger of thereby infringing upon the sovereign rights of another state» y continúa diciendo: «(...) the principle [de universalidad] is limited to crimes which the nations of the world have qualified as attacks upon the international order and have mutually agreed to suppress, e.g. piracy on the high seas». Cfr. PUTTLER, A., "Extraterritorial Application of Criminal Law: Jurisdiction to Prosecute Drug Traffic Conducted by Aliens Abroad", en: MEESSEN, K.M. (coordinador), *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice*, Ed. Kluwer Law International, 1996, pág. 110.

Derecho Internacional sobre la Jurisdicción Universal en Materia Penal con respecto al Crimen de Genocidio, Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra. Ésta definió, además, la jurisdicción universal en materia penal como: «la competencia de un Estado para perseguir y, en caso de ser declarados culpables, castigar presuntos delincuentes, independientemente del lugar de comisión del delito y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la Ley internacional⁹⁵».

⁹⁵ Dicha resolución establece lo siguiente: «(...) any State having custody over an alleged offender should, before commencing a trial on the basis of universal jurisdiction, ask the State where the crime was committed or the State of nationality of the person concerned whether it is prepared to prosecute that person, unless these States are manifestly unwilling or unable to do so».
Documento disponible en: http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/2005_kra_03_en.pdf

Capítulo segundo:
Principio de jurisdicción universal

«Conscientes de que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común y observando con preocupación que este delicado mosaico puede romperse en cualquier momento, teniendo presente que, en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la Humanidad, reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la Humanidad, afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia, decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes, recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales (...)⁹⁶»

⁹⁶ Preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional aprobado el 17 de julio de 1998.

El principio de jurisdicción universal (también conocido como *principio de universalidad* o *de justicia universal*) presenta una gran peculiaridad en la medida en que atribuye o concede competencia a un Estado para conocer y juzgar un delito sin necesidad de que exista vínculo o unión con los hechos enjuiciados desde el punto de vista del lugar de su comisión, así como respecto de la nacionalidad de los autores y/o de las víctimas e, incluso, respecto de los intereses o bienes jurídicos lesionados.

El principio de universalidad es, pues, un título jurisdiccional que otorga capacidad a los jueces y a los tribunales de un Estado para que actúen respecto de delitos cometidos en el extranjero por personas extranjeras. Además, como ya fue anticipado en el capítulo anterior, no es necesario que el Estado que actúa se encuentre especialmente afectado por el hecho delictivo en cuestión. Otra perspectiva desde la cual se puede analizar el referido principio consiste en considerarlo básicamente como un título que habilita y, por lo tanto, promueve la persecución de delitos especialmente odiosos y atentatorios contra la humanidad y/o comunidad internacional⁹⁷.

Aunque conviene tener presente que este principio supone la puesta en funcionamiento de mecanismos judiciales propios del Derecho interno o doméstico -lo que lleva a la aplicación de mecanismos institucionales de un Estado en el espacio territorial de otro Estado- hay que entender que no se trata «exclusivamente de un título de atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la comunidad internacional (*competencia universal*), sino que se vincula con la dimensión funcional del sistema internacional en la ordenación de ámbitos en los que el Derecho Internacional atribuye potestades o competencias y legitima la actuación de los Estados conforme a los procedimientos de cooperación previstos en él, desautorizando la invocación de "injerencia" en asuntos internos que pudiera ser alegada por el Estado requerido⁹⁸».

Siguiendo con la descripción a grandes rasgos del principio de universalidad, hay que hacer especial hincapié en la idea relativa a que el mismo no conduce a la celebración de acuerdos entre Estados que permitan una extensión extraterritorial de la aplicación de las normas de Derecho interno. Nada más lejos. Su peculiaridad y su relevancia radican en que el reiterado principio constituye el "terreno" o el ámbito

⁹⁷ Vid. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, ob. cit., págs. 38 y ss.

⁹⁸ Cfr. JIMÉNEZ GARCÍA, F., "Justicia universal e inmunidades estatales: justicia o impunidad", ADI, nº XVIII, 2002, pág. 73.

propicio para la creación de un espacio universal de jurisdicción compartido entre Estados que pretende reprimir determinados comportamientos criminales⁹⁹.

Como regla general, en la mayor parte de los casos, los comportamientos judiciales suelen basarse en la actuación de un juez natural predeterminado y legitimado por la aplicación del célebre principio de territorialidad¹⁰⁰. Sin embargo, como ya se sabe, a través del principio de universalidad se traspasa el ámbito de la soberanía nacional, superando la idea de que la actuación judicial ya no corresponde exclusivamente al juez *natural*.

Así pues, este principio, como acaba de explicarse, supone no sólo el desplazamiento del referido juez natural, sino también la posibilidad de que se aplique una ley ajena al lugar en el que se ha producido el hecho delictivo, así como una ley diferente al de la nacionalidad del presunto acusado o de la víctima. Por ello, cuando tenga lugar una falta de conexión específica entre el Estado y el delito que pretende juzgar, el principio de universalidad podrá ser esgrimido como un fundamento competencial válido en la medida en que otorgará legitimación al aparato judicial de aquél, siempre y cuando persiga la defensa y la promoción de los intereses y valores supremos que pertenecen a la comunidad internacional en su conjunto¹⁰¹. Ello nos lleva

⁹⁹ Vid. PIGRAU SOLÉ, A., "Elementos de Derecho Internacional Penal", *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, pág. 148.

¹⁰⁰ Vid. CHERIF BASSIOUNI, M., "Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea", *VJILA*, Vol. 42, nº 81, 2001, pág. 14 (Título original: *Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice*). No hay duda de que el principio de territorialidad ostenta una posición privilegiada en lo que se refiere a la atribución de competencias estatales. No obstante, a través de la aplicación del principio de justicia universal se quebrantan los presupuestos esenciales de aquél otro. Así las cosas, GARCÍA ARÁN considera que «(...) con el principio de justicia universal, por tanto, se establece una importante excepción al principio básico de territorialidad de la ley penal, con arreglo al cual los Estados son competentes para enjuiciar los hechos cometidos dentro de sus fronteras, lo que no es sino expresión de la indiscutible vinculación entre ley penal y ejercicio de soberanía, concepto, a su vez vinculado al de ámbito territorial del Estado». Cfr. GARCÍA ARÁN, M., "El principio de justicia universal", en: GARCÍA ARÁN, M., Y LÓPEZ GARRIDO, D. (coordinadores), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 63 y ss.

¹⁰¹ A raíz de estas consideraciones no hay duda acerca de la independencia de la que goza el Derecho Internacional. Esta idea queda reflejada en el primer artículo del Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones durante el 6 de mayo y 26 de julio de 1996 (doc. A/51/10). Documento disponible en la página web de la ONU:

[http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(s\)/ILC_1996_v2_p2_s.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(s)/ILC_1996_v2_p2_s.pdf)

Dicho artículo establece que todos los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad serán crímenes bajo el marco jurídico del Derecho Internacional, independientemente de que se encuentren o no contemplados bajo el ámbito normativo del Derecho interno de los Estados.

a la idea de que el Estado que ejercita la jurisdicción universal lleva a cabo una especie de *actio popularis* contra personas que son *hostis humani generis*¹⁰².

¹⁰² Como observa ROMAN: «Universality has been accepted as a valid basis for the exercise of jurisdiction in cases of extraterritorial conduct considered to be of universal concern by the international community. The assumption behind the universality principle of extraterritorial jurisdiction is that the prosecuting State acts on behalf of all States in suppressing conduct deemed abhorrent or harmful to the international community». Cfr. ROMAN, B., "The Effect of a Domestic Amnesty on the Ability of Foreign States to Prosecute Alleged Perpetrators of Serious Human Rights Violations", CIJL, Vol. 33, nº 2, 2000, pág. 298.

I. Breves consideraciones en torno al principio de jurisdicción universal

Al hilo de estas consideraciones, queda claro que el principio de universalidad trasciende claramente del concepto de soberanía. A estos efectos, es de sumo interés traer a colación a CHERIF BASSIOUNI, ya que considera que la efectiva superación del citado término por el principio de justicia universal -a pesar de que ésta, la soberanía, haya sido la base histórica para la jurisdicción penal nacional- ha tenido lugar por medio de dos teorías: «La primera es la posición universalista que se deriva de una cosmovisión idealista. Esta posición universalista idealista reconoce ciertos valores centrales y la existencia de intereses internacionales dominantes que son comúnmente compartidos y aceptados por la comunidad internacional y, por lo tanto, que trascienden la singularidad de los intereses nacionales. La segunda posición es una de naturaleza pragmática orientada hacia políticas que reconozcan que en ocasiones ciertos intereses comúnmente compartidos de la comunidad internacional requieren un mecanismo de coacción que trascienda los intereses de la soberanía singular¹⁰³».

Estas dos posiciones se encuentran o pertenecen al mismo ámbito, pues ambas presuponen la existencia de determinados valores e intereses y a su vez abogan por su defensa. Asimismo, de éstas se deduce la necesidad de poner en marcha procedimientos eficaces que tengan como base «contrarrestar las transgresiones más graves de esos valores/intereses¹⁰⁴». Y, como no podía ser de otro modo, estos procedimientos no sólo tratan de poner fin a este tipo de actuaciones, sino que además sirven como mecanismo disuasorio a fin de que otros no las lleven a cabo.

Por lo tanto, aparte de la reiterada superación del concepto de soberanía, ambas posturas muestran el marco en el que se articula o "descansa" el principio de universalidad. Además, por medio de las mismas podemos intuir el origen o la esencia del citado principio que pretende afrontar la ardua tarea de la defensa de determinados valores e intereses comunes. Añade el autor citado que de «conformidad con ambas posiciones, el resultado es dar a cada una y la totalidad de las soberanías, así como también a órganos internacionales, la facultad de dar cumplimiento, ya sea individual o colectivamente, a ciertas proscripciones internacionales. Esta teoría se aplica cuando la proscripción se origina en la legislación penal internacional y no en la legislación

¹⁰³ Cfr. CHERIF BASSIOUNI, M., *Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea*, VJILA, ob. cit., pág. 14.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

nacional de un Estado determinado (...). Los crímenes contemplados en forma exclusiva bajo la legislación nacional no pueden dar origen a la jurisdicción universal¹⁰⁵».

De lo anterior, cabe afirmar que la jurisdicción universal se encuentra íntimamente relacionada con hechos delictivos internacionales¹⁰⁶ y, además, con los que son más graves. Como consecuencia de ello, son generalmente los crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad los que fundamentan -al ser delitos de extrema gravedad- este principio.

Siguiendo con la afirmación anterior relativa a la consagración de la jurisdicción universal sobre la base de la normativa internacional, es de justicia destacar la relevante labor realizada por los tratados internacionales en este ámbito¹⁰⁷. No hay que olvidar que existen múltiples tratados sobre otro tipo de hechos delictivos a los recientemente mencionados en los que se contempla directa o indirectamente el principio de universalidad como forma o vía para ejercitar la competencia de un Estado cuando no hay ningún tipo de conexión con el suceso en cuestión. Ello es producto de la globalización, así como del impacto generado por el Derecho Internacional contemporáneo. En definitiva, son numerosos los tratados que recogen y regulan los crímenes mas graves y flagrantes, los cuales posibilitan el ejercicio de la justicia universal sobre los referidos crímenes¹⁰⁸.

Por lo tanto, para que un Estado pueda hacer uso del reiterado principio y juzgar un supuesto delictivo grave, es necesario que haya asumido determinadas obligaciones internacionales de especial envergadura. De entre todas estas obligaciones debe

¹⁰⁵ Cfr. CHERIF BASSIOUNI, M, *Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea*, VJILA, ob. cit., pág. 14.

¹⁰⁶ Según REMIRO BROTONS, los delitos o crímenes internacionales presentan dos posibles acepciones derivadas del Derecho de gentes: la primera hace referencia a la vulneración de normas imperativas o de *ius cogens* «cuyas consecuencias rebasarían las de los ilícitos tradicionales» y, la segunda, es la relativa a la violación grave y reiterada de los derechos humanos «o de otros intereses fundamentales de la comunidad internacional». Cfr. REMIRO BROTONS, A., "Los crímenes de Derecho Internacional y su persecución judicial", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Ed. Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, nº VII, 2001, pág. 69.

¹⁰⁷ Sobre este extremo, son muchos los autores que ponen de relieve que los tratados no sólo se erigen como fuente primordial en la creación de derechos y obligaciones del Derecho Internacional, sino que articulan «la coexistencia y la cooperación de un amplio arco de materias que evidencian la interdependencia de los miembros de la sociedad internacional». Cfr. REMIRO BROTONS, A., *et. al*, *Derecho Internacional*, ob. cit., pág. 313.

¹⁰⁸ Obtienen tal calificación los delitos relativos a la piratería marítima, la esclavitud, los crímenes de guerra, el genocidio, el terrorismo, las torturas cometidas por agentes del Estado, los delitos contra la humanidad o de lesa humanidad y los crímenes de agresión.

encontrarse una fundamental que tiene su base en la idea de reciprocidad¹⁰⁹; reciprocidad que en relación con el tema que nos ocupa se encuentra vinculada a la premisa de que un Estado debe aceptar y someterse a una posible reivindicación jurisdiccional de otro en el caso de que la actuación de este último tenga por objeto la defensa de intereses importantes. Lógicamente, el Estado que actúa a través del principio de universalidad debe permitir y, por lo tanto, no bloquear a terceros el posible ejercicio del principio de universalidad que lleven a cabo en su propio territorio.

Para finalizar con este breve apartado, debe ponerse de manifiesto que el principal problema existente en torno al referido principio consiste en justificar y fundamentar adecuadamente su aplicación ante la inevitable suspicacia que genera, puesto que de un modo u otro dicha aplicación conlleva la intromisión de un Estado en asuntos que no son de su plena incumbencia al no estar ninguno de los elementos que componen el ilícito relacionados con él. Esta falta de vinculación entre el grave hecho delictivo y el Estado que pretende juzgarlo si bien es la base de su actuación, también constituye su reverso "oscuro".

¹⁰⁹ El término general relativo a la reciprocidad internacional, al que hemos hecho previa referencia, implica una forma de actuar de un Estado hacia otro, articulado en función del trato que recibió en su momento por este último y que, en la actualidad, muestra un determinado interés. Por lo tanto, la conducta de un Estado para con otros se supedita al trato que él recibió en su día por aquéllos.

II. Evolución histórica del principio de jurisdicción universal y su regulación por el Derecho Internacional

2. 1. *Los orígenes del principio de jurisdicción universal: la piratería como supuesto clásico*

Habiendo hecho ya una breve explicación acerca del trascendente principio de universalidad, resulta necesario hacer referencia en este apartado a su evolución histórica, así como a las relevantes consideraciones que ha hecho el Derecho Internacional al respecto, puesto que ello nos permitirá tener una idea clara sobre el importante y progresivo significado que con el paso del tiempo ha ido adquiriendo.

La primera autoridad en formular los fundamentos que sustentarían más adelante el principio de universalidad fue GROCIO. Por medio de su libro *De iure belli ac pacis* de 1625 se llevó a cabo el primer tratado sistemático de Derecho Internacional, cuyas bases fueron establecidas anteriormente por Francisco de Vitoria. Éste analizó conceptos como la guerra, la guerra justa e instituciones de derecho privado. En dicho libro se hizo referencia al castigo que debía recaer sobre determinados actos cuando los mismos hubieran constituido graves violaciones de la Ley Natural. El citado autor subrayó que eran los soberanos y los gobernantes los que debían hacerse cargo irremisiblemente de que dichos actos fueran perseguidos, velando necesaria e ineludiblemente por el cuidado de la sociedad humana en su conjunto¹¹⁰.

Posteriormente, VATTEL pondría de manifiesto que: «aun cuando la jurisdicción de cada Estado está en general limitada a castigar acciones en su territorio, una excepción debe hacerse respecto de los criminales que, por el carácter y la gravedad de sus crímenes, son una amenaza a la seguridad pública allá donde estén y se proclaman enemigos de la raza humana en su conjunto¹¹¹».

Sin embargo, a juicio de CHERIF BASSIOUNI, ni VATTEL, ni otros pensadores o juristas de aquella época, llevaron a cabo una auténtica extensión de la jurisdicción penal universal respecto de determinados crímenes con la intención de que la misma

¹¹⁰ Vid. GROCIO, H., "Libro II (Capítulo XXI)", *De iure belli ac pacis*, Ed. Reus, Madrid, 1925, pág. 153 (traducción de Jaime Torrubiano Ripoll).

¹¹¹ Cfr. VATTEL, E., "One's country, and Various matters relating to it", *The Law of Nations or the principles of natural law*, Ed. Carnegie Institution, Vol. III, Washington, 1916, pág. 93 (traducción de Charles G. Fenwick): «while the jurisdiction of each State is in general limited to punishing crimes committed in its territory, an exception must be made against those criminals who, by the character and frequency of their crimes, are a menace to public security everywhere and proclaim themselves enemies of the whole human race».

fuera ejercida por cualquiera o la totalidad de los Estados¹¹². A su parecer, BECCARIA, en 1764, expresó en su *Dei delitti et delle pene* que existía una «(...) visión universalista idealista en el sentido de [...] una comunidad de naciones que comparten valores comunes que la totalidad de los miembros de la comunidad internacional se encuentran obligados hacer cumplir, tanto en forma colectiva como singular. Pero [Cesare Beccaria] no [...] extendió [...] la jurisdicción [penal] universal¹¹³».

Es cierto que BECCARIA no puso de relieve la idea en virtud de la cual determinadas conductas delictivas debían ser castigadas en su conjunto por la comunidad internacional. No obstante lo anterior, consideramos que las reflexiones de este jurista, así como de otros coetáneos suyos, fueron todo un avance para la época, ya que propiciaron la idea de que determinados delitos fueran perseguidos por la totalidad de los Estados. Sus consideraciones -que se reproducen a continuación- deben ser entendidas como inevitables precursoras de la aplicación del principio de universalidad: «(...) creen algunos que una acción cruel hecha, por ejemplo, en Constantinopla, pueda ser castigada en París, fundados en la razón abstracta de que quien ofende la humanidad merece tener toda la humanidad por enemiga y el aborrecimiento universal, como si los jueces fuesen vengadores de la sensibilidad de los hombres, y no más bien de los pactos que los ligan entre sí (...)»¹¹⁴.

Sea como fuere, el verdadero origen del ejercicio de esta competencia de carácter universal se dio en torno a las primeras normas consuetudinarias del Derecho Internacional público que tuvieron como principal objetivo la persecución de la piratería en alta mar. A este respecto, debe advertirse que fue GROCIO quien promulgó la doctrina *res communis* en su obra *De Mare Liberum*, según la cual los mares no debían ser objeto de apropiación por parte de los Estados debido a la imposibilidad de que fueran ocupados¹¹⁵.

Tiene sentido que el principio de universalidad tuviera su origen en la alta mar, ya que se trata de un espacio abierto y común y al margen, en un principio, de la soberanía de los Estados. En el caso *Lotus* se observó lo siguiente: «a la vista de que es

¹¹² Vid. CHERIF BASSIOUNI, M., *Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea*, VJILA, ob. cit., pág. 15.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ Cfr. BECCARIA, C., "De la prisión", *De los delitos y de las penas*, Ed. Alianza, 6ª reimpresión, Madrid, 1993, pág. 83 (traducción de Juan Antonio de las Casas).

¹¹⁵ Vid. GROCIO, H., "Por derecho de gentes es libre la navegación para todos y hacia todos", *De la libertad de los mares*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, págs. 62 y ss (traducción de V. Blanco García y L. García Arias).

en el alta mar, [lugar en el que sucede el hecho ilícito y que] sobre este espacio ninguna Nación posee el derecho, ni el deber de vigilancia, se niega [al pirata] la protección del pabellón [...], y se le trata como a un bandido, como a un enemigo de toda la Humanidad -*hostis humani generis*¹¹⁶ [la cursiva es nuestra]- a quien cualquier Nación, en el interés de todos, puede capturar y castigar¹¹⁷».

No cabe duda, pues, de que es la piratería el ámbito en el que se fundamenta, en un primer momento, el ejercicio de la jurisdicción universal¹¹⁸. La piratería ha sido considerada como el crimen por excelencia, puesto que ha afectado de forma negativa a la humanidad en su conjunto y su persecución ha quedado justificada aun cuando los hechos hubieran acontecido fuera del ámbito territorial del Estado que actúa. Sin embargo, sobre la expresión *hostis humani generis* o enemigo de toda la humanidad y su relación con la figura del pirata se deben hacer una serie de matizaciones. En este sentido, consideramos oportuno traer a colación a SIMON, ya que sostiene que esta relación genera cierta confusión en la medida en que algunos deducen connotaciones éticas o morales de la misma -como sucede en el asunto *Eichmann*¹¹⁹- y otros, por el contrario, aprecian un carácter marcadamente funcional¹²⁰.

Con respecto a esta última aproximación, SIMON toma como punto de partida la decisión del juez americano JOSEPH STORY en el asunto *Malek Adhel*¹²¹ en la que afirmó que un pirata «se comporta de manera hostil atentando contra los asuntos y el patrimonio de una o de todas las naciones, sin respeto al derecho o al deber o a cualquier pretensión a ejercer por la autoridad pública. Si él deliberadamente hunde o

¹¹⁶ Algunos autores argumentan que el término *hostis humani generis* fue utilizado por primera vez en el siglo XVIII por Jean Dumont. Vid. DUMONT, J., "Tomo IV (parte II)", *Corps universel diplomatique du droit des gens*, publicado por P. Brunel y G. Wetstein, Les Janssons, L'Honoré y Chatelain en Amsterdam y por P. Husson y Charles Levier en La Haya, 1726, pág. 118.

¹¹⁷ Vid. *Supra*. Nota 61.

¹¹⁸ Vid. SÁNCHEZ LEGIDO A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 42. Asimismo: Vid. CHERIF BASSIOUNI, M., "The History of Universal Jurisdiction and Its Place in International Law", en: MACEDO, S. (coordinador), *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*, Ed. University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2006, pág. 43. Al contrario de lo que pueda pensarse, este hecho delictivo sigue generando en la actualidad fuertes crisis en los países que sufren su perpetración. Por ejemplo, a finales del año 2009, tuvo lugar la captura y el secuestro del buque español conocido como el *Alakrana* por varios piratas somalíes. Ello supuso la aplicación de la Convención del Mar y la correspondiente actuación de los órganos judiciales españoles.

¹¹⁹ Vid. *Supra*. Nota 65.

¹²⁰ Vid. SIMON, J-M., *Jurisdicción Universal; La perspectiva del Derecho Internacional Público*, REEI, *ob. cit.*, pág. 27.

¹²¹ Se trata del asunto *Estados Unidos c. el bergantín Malek Adhel*. El *Malek Adhel* fue construido para México y, poco después, fue capturado por Estados Unidos en 1846 con el objeto de incorporarlo a las fuerzas militares norteamericanas. Documento disponible en la página web del Centro de la Corte Suprema de Estados Unidos: <http://supreme.justia.com/us/43/210/case.html>

destruye un barco mercante inocente, sin otro objeto que satisfacer su apetito ilegal de hacer daño, eso es una agresión pirática en el sentido de la ley de las naciones y de la ley del Congreso, tanto como si lo hizo única y exclusivamente por pillaje¹²²». El citado juez añadió que el acto de piratería debía ser considerado como «un acto de hostilidad, y siendo cometido por un navío no comisionado y no sometido a una guerra legal, se califica como un acto de un pirata, y de uno que es enérgicamente *hostis humani generis* [la cursiva es nuestra]¹²³».

De esta jurisprudencia se deduce que el *hostis humani generis* surge del interés que tienen todas las naciones para que las conductas ilícitas que se produzcan en alta mar cuenten con su correspondiente condena y sanción. No obstante, las recientes consideraciones muestran que la calificación de enemigo de la humanidad parece depender del lugar en el que aconteció el hecho delictivo y no de la vulneración de una norma moral. SIMON estima que esta aproximación quedó reflejada en el asunto *Lotus*. A su parecer, el ejercicio de la competencia jurisdiccional en dicho asunto, respecto de actos de piratería, se basó lisa y llanamente «en el lugar de comisión más que en la naturaleza o gravedad del hecho¹²⁴». Efectivamente, el asunto *Lotus* estableció una relación entre la condena por la realización de actos de piratería y su sujeción exclusiva a que los mismos hubieran tenido lugar en un determinado espacio físico¹²⁵.

Pese a estas contradicciones, conviene resaltar una vez más que es del todo lógico que haya sido en el ámbito de la piratería donde -al existir intereses similares y compartidos por los miembros que integran la comunidad internacional- comenzó a desplegarse una actuación efectiva y conjunta estatal que propició, entre otras cuestiones, una libre circulación marítima. En definitiva, resulta comprensible que la justicia universal -por medio del concepto *hostis humani generis* identificado en la figura del pirata- se haya aplicado originariamente a este concreto y delimitado marco. Aún así, es necesario recordar -para no confundir los auténticos términos de la referida

¹²² Vid. *Supra*. Nota 121. «(...) he commits hostilities upon the subjects and property of any or all nations, without any regard to right or duty, or any pretense of public authority. If he willfully sinks or destroys an innocent merchant ship, without any other object than to gratify his lawless appetite for mischief, it is just as much a piratical aggression, in the sense of the law of nations, and of the act of Congress, as if he did it solely and exclusively for the sake of plunder (...)».

¹²³ *Ibidem*. «(...) a piratical aggression is (...) an act of hostility, and being committed by a vessel not commissioned and engaged in lawful warfare, it treats it as the act of a pirate, and of one who is emphatically *hostis humani generis*».

¹²⁴ Cfr. SIMON, J-M., *Jurisdicción Universal; La perspectiva del Derecho Internacional Público*, REEI, ob. cit., pág. 27.

¹²⁵ Vid. *Supra*. Nota 61.

justicia universal- que en la actualidad su verdadera naturaleza radica única y exclusivamente en el contenido del crimen en cuestión y no en el lugar en el que acontezca. De este modo, para centrarnos totalmente en los aspectos importantes de la misma, conviene traer a colación la siguiente afirmación que contiene el núcleo o la esencia de su verdadero significado: «la ofensa no se comete en contra de ningún Estado en particular, sino en contra de toda la Humanidad. Las cortes nacionales pueden ejercer su jurisdicción universal sobre los presuntos responsables de cierto tipo de crímenes caracterizados por su carácter imperativo¹²⁶». Por lo tanto, es el hecho delictivo en sí mismo y no el lugar en el que es cometido lo que permite hoy en día la aplicación del principio de universalidad. Es precisamente en este orden de ideas donde tiene perfecta cabida la afirmación de que el mencionado principio es consustancial a la naturaleza del crimen o a la gravedad del hecho delictivo y no al lugar en el que se produzca.

Teniendo clara esta cuestión, la dificultad estriba en determinar sobre qué hechos concretos debe ser aplicado el principio de universalidad y, consecuentemente, sobre cuales no. Reflexionando con más ahínco sobre este tipo de cuestiones y sabiendo que el principio de justicia universal tiene como eje fundamental la sanción de conductas de extrema gravedad y que su objetivo consiste en perseguirlas sin que las fronteras territoriales se erijan como muros de contención, quedaría todavía un obstáculo por solucionar: el establecimiento -de común acuerdo por parte de los Estados- de las bases aplicativas del referido principio con el objeto de otorgarle mayor consistencia y efectividad.

¹²⁶ Cfr. CORZO, V. Y CORZO E., "El Sistema Penal Internacional", RMJ, nº 13, 2006, pág. 19. Sobre estas cuestiones, MARTÍN MARTÍNEZ proclama que «(...) la gravedad, la odiosidad y la especial repulsa que la comisión de determinados hechos internacionalmente ilícitos inspiran en la comunidad internacional en su conjunto explica que sus autores sean considerados como "*hostis humani generis*"». Cfr. MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., "Jurisdicción universal y crímenes internacionales", *Nuevos retos del Derecho. Integración y desigualdades desde una perspectiva comparada Estados Unidos/Unión Europea*, Ed. Universidad de Málaga, Málaga, 2001, pág. 158.

2. 2. Las consecuencias normativas de la Segunda Guerra Mundial

- a. La primera expresión del principio de jurisdicción universal con la constitución del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg

Como no podía ser de otro modo, en un determinado momento histórico como lo fue la Segunda Guerra Mundial, en el que se cometieron crímenes especialmente miserables, surgió con especial fuerza el debate en torno a la creencia de que determinados valores debían ser comunes en todo el mundo, así como la idea de que su protección y defensa constitúan una cuestión inaplazable. Como consecuencia de lo anterior, se crearon tribunales y se celebraron convenios que sentaron los cimientos del principio de universalidad en la medida en que impulsaron la extensión de la competencia de los Estados más allá de sus límites territoriales¹²⁷ -al margen de la configuración del supuesto clásico de dicho principio aplicable a la piratería en alta mar y, con menor fuerza, a otros delitos como el de la esclavitud¹²⁸-.

Por lo tanto, tras la Segunda Guerra Mundial, los Estados tuvieron como objetivo prioritario la asunción de un compromiso serio en la defensa y protección de determinados valores e intereses compartidos por la comunidad internacional; en otras palabras, el final de dicho acontecimiento bélico supuso la apertura de una vía en virtud de la cual comenzaban a esbozarse y/o a apreciarse pequeños atisbos de lo que en un futuro quedaría configurado como el actual principio de universalidad.

Anteriormente, la mayoría de los delitos contemplados en la época de la Primera Guerra Mundial y de la Sociedad de Naciones no quedaban bajo la protección del reiterado principio¹²⁹. Una excepción fue el delito de falsificación de moneda establecido en la Convención de Ginebra de 20 de abril de 1929, según la cual los extranjeros que hubieran cometido este tipo de delitos y se encontraran en un país

¹²⁷ A este respecto, algunos de los Convenios más destacados fueron el Convenio contra el genocidio, contra la tortura y contra el apartheid.

¹²⁸ Vid. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, ob. cit., pág. 45. El Congreso de Viena de 1815 trató de poner fin a la esclavitud pero la verdadera criminalización no tuvo lugar hasta la llegada del Convenio de Ginebra de 1926. De todas formas, este Convenio no fue muy ambicioso, puesto que aunque obligó a los Estados a que adoptaran las medidas oportunas para poner fin a este tipo de actividades, éste propició tan sólo su supresión progresiva y no su erradicación total (el citado Convenio fue modificado por un protocolo aprobado el 7 de diciembre de 1953 en la sede de la ONU).

¹²⁹ Esos fueron, entre otros, los casos de los delitos contemplados en el Convenio de París para la protección de cables telegráficos submarinos de 14 de marzo de 1884, en el Convenio de Ginebra de 1906 para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña y en la Convención de 30 de septiembre de 1921 para la represión de la trata de mujeres y niños. Estos Convenios no contemplaban el principio de universalidad o, si lo hacían, no gozaban de la aceptación o el respaldo necesario para que se considerara reconocido dicho principio.

distinto al de su nacionalidad -cuyo territorio hubiese incluido en su legislación el principio de persecución y castigo de infracciones cometidas en el extranjero- podían sufrir el castigo aplicable del lugar de la comisión del ilícito a pesar de que su enjuiciamiento tuviera lugar en el territorio del Estado en el que se encontraba¹³⁰.

Es, pues, tras la Segunda Guerra Mundial, cuando se tiene verdadera conciencia de la gran preocupación existente en la defensa y protección de determinados intereses y valores. Esta preocupación se materializa, fundamentalmente, con la creación del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg que pretende resarcir de algún modo los daños causados y servir como ejemplo para que los hechos delictivos no volvieran a producirse jamás, so pena de recibir serias consecuencias legales articuladas por la comunidad internacional en forma de tribunal penal internacional.

Este tribunal, según la mayoría de los autores, constituyó la primera expresión del verdadero principio de jurisdicción universal¹³¹; tuvo como objetivo primordial sancionar atentados contra la paz y la seguridad de la comunidad internacional, por lo que resulta absolutamente innegable su carácter novedoso¹³². La idea fundamental que se desprendió de su constitución fue que todas las personas son efectivamente titulares de un conjunto de deberes internacionales que superan ampliamente las obligaciones que se puedan tener en el ámbito interno de los Estados. Es a partir de este momento en

¹³⁰ A estos efectos, el artículo 9 del Convenio de Ginebra de 1929 estableció lo siguiente: «Los extranjeros que hayan cometido hechos previstos en el artículo 3 (hechos relativos a la falsificación de moneda) y que se encuentren en el territorio de un país cuya legislación interna admita, como regla general el principio de la persecución de infracciones cometidas en el extranjero, deberán ser castigados de la misma manera que si el hecho hubiere sido cometido en el territorio de dicho país».

¹³¹ No hay que olvidar que con el final de la Primera Guerra Mundial se celebró el Tratado de Versalles de 1919, cuyo contenido promovió el irrefutable hecho de que tras la Segunda Guerra Mundial se adoptaran medidas concretas y reales para la persecución de determinados delitos. Este tratado contempló la afirmación del principio de responsabilidad penal internacional del individuo. El pionero artículo 227 del referido tratado estipuló la creación de un tribunal especial integrado por jueces de los países aliados con motivo del posible enjuiciamiento del Kaiser Guillermo II de Hohenzollern. Asimismo, los artículos siguientes contenían obligaciones para Alemania en el sentido de tener que entregar, en favor de los países vencedores de la guerra, a los responsables de actos graves con el objeto de que fueran juzgados por tribunales internacionales especiales. No obstante, estos preceptos, a pesar de ser novedosos, apenas tuvieron una aplicación práctica. En cualquier caso, el referido tratado fue el inmediato antecedente de la Declaración de Moscú de 1943, la cual preveía el futuro enjuiciamiento de responsables nazis ante tribunales internacionales por los atroces delitos cometidos durante aquella época, así como la institución del tribunal de Nüremberg dos años después.

¹³² Adviértase que los procesos judiciales surgidos con la creación del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg fueron una consecuencia de la conjunta actuación de las naciones aliadas que, tras vencer en la Segunda Guerra Mundial, determinaron y sancionaron las responsabilidades de los dirigentes, funcionarios y colaboradores del régimen nacionalsocialista de Adolf Hitler en relación con los actos y abusos delictivos realizados en nombre del III *Reich* alemán a partir del 1 de septiembre de 1939. *Vid.* RATNER, S., Y ABRAMS, J., "The Progeny of Nuremberg: International Criminal Tribunals", *Accountability for Human Rights atrocities in International Law*, Ed. Oxford University Press, 2ª edición, Reino Unido, 2001, págs. 187 y ss.

el que se tiene plena conciencia de que la piedra angular del Derecho Penal Internacional lo constituye el principio general de responsabilidad individual, aplicable sólo a las personas naturales, sin perjuicio de la eventual responsabilidad del Estado de carácter reparatoria o internacional *stricto sensu*¹³³.

Así pues, el sistema de sanción y castigo ante las horribles actuaciones de los nazis en forma de tribunal fue toda una novedad, puesto que supuso el inicio de un sistema de represión contra crímenes de naturaleza universal, independientemente del lugar en el que se hubieran producido e independientemente de las barreras territoriales de los Estados, las cuales -por primera vez- desaparecieron y dejaron de actuar como límites ante un tribunal creado *ex profeso* y con clara vocación de no dejar impune determinados hechos delictivos.

El instrumento encargado de fijar los principios y los procedimientos por los cuales se regirían los juicios de Nüremberg fue la Carta de Londres o el también conocido Estatuto de Londres del Tribunal Militar Internacional (firmado en 1945 entre Francia, Estados Unidos, Reino Unido y la Unión Soviética)¹³⁴. El artículo 6 de la Carta es el que otorga jurisdicción al Tribunal sobre las personas que como individuos o miembros de una organización cometan actos en contra de la paz, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad. Asimismo, impone responsabilidad a los que lideren, organicen e inciten a la formulación de un plan común o conspiren para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados (los cómplices que participen en la conspiración o formulación de un plan criminal serán responsables de los actos realizados por las personas que lo ejecuten)¹³⁵.

Así pues, fue precisamente en este contexto histórico y bajo el auspicio del contenido previsto en la Carta, el momento en el que la jurisdicción universal se erigió como principio esencial del Derecho Internacional. En otras palabras, a través del Estatuto de Londres se dotó de legitimación a los Estados aliados para perseguir y

¹³³ SALINAS BURGOS en torno a estas cuestiones se pronuncia del siguiente modo: «(...) desde los Tribunales de Nüremberg y Tokio se ha reconocido en la esfera internacional que el individuo puede tener una subjetividad pasiva en el Derecho Internacional respecto de los *delicta iuris gentium*, delitos contra el Derecho de Gentes, que engendran responsabilidad penal para el individuo, sin perjuicio de que el individuo puede tener también, hoy en día, una subjetividad activa que surge del reconocimiento de derechos humanos en tratados, y un consiguiente derecho de legitimación activa internacional frente al Estado». Cfr. SALINAS BURGOS, H., *ob. cit.*, págs. 110 y 111.

¹³⁴ Documento disponible en:

<http://www.ehu.es/ceinik/tratados/7TRATADOSRELATIVOSACRIMENESDEGUERRA/CG73.pdf>

¹³⁵ Vid. RATNER, S., Y ABRAMS, J., *ob. cit.*, pág., 188.

castigar a determinadas personas (*hostis humani*) acusadas de cometer crímenes especialmente graves y atentatorios contra la humanidad (*delictum humani generis*) aun cuando -y esto es lo más relevante- el crimen se hubiera cometido fuera de su propio territorio y por extranjeros que no presentaran vinculación alguna con los Estados aliados. Es importante saber que estos juicios tenían la capacidad para restituir la propiedad robada, encarcelar y establecer la pena de muerte y, sus Sentencias no podían ser objeto de revisión. Finalmente, veintidós nazis fueron juzgados, uno de ellos *in absentia*¹³⁶; de aquellos veintidós, diecinueve fueron condenados.

Al año siguiente, el 3 de agosto de 1946, tuvo lugar otro relevante acontecimiento pues quedó constituido el Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente. Este órgano jurisdiccional se encargó del desarrollo de los llamados juicios o procesos de Tokio, organizados en contra de los criminales de guerra japoneses una vez que finalizó la Segunda Guerra Mundial. El tipo de jurisdicción, los poderes y los procedimientos de los juicios de Tokio fueron similares a los del tribunal de Nüremberg, aunque con importantes salvedades.

Estas salvedades tuvieron lugar debido a que el general MacArthur ejerció una sustantiva influencia en los procesos contra los acusados japoneses -con la clara intención de que no quedara amenazado el éxito de la "ocupación" estadounidense-. Esto supuso que los referidos procesos no gozaron jamás del mismo significado ni obtuvieron la misma autoridad que los juicios de Nüremberg¹³⁷. En este sentido, se ha llegado a afirmar que a diferencia de los juicios de Tokio, los juicios de Nüremberg:

¹³⁶ El artículo 12 contenía una especial mención a la jurisdicción *in absentia*, es decir, a la posibilidad de que el acusado fuera juzgado a pesar de que no se encontrara presente: «El Tribunal tendrá derecho a emprender acciones judiciales contra aquellas personas a las que se les imputen los crímenes que constan en el Artículo 6 del presente Estatuto en su ausencia, si dichas personas no han sido halladas o si el Tribunal estima necesario, por el motivo que sea, celebrar la vista en su ausencia en aras de la justicia».

¹³⁷ Es cierto que surgieron numerosas críticas en torno a los procesos desarrollados en Tokio. Se ha enfatizado mucho acerca del marcado carácter norteamericano de los juicios. Desafortunadamente, es cierto que la mayor parte de las actuaciones judiciales fueron llevadas a cabo por nacionales de los Estados Unidos que ejercieron una fuerte influencia a la hora de determinar condenas e indultos. Asimismo, se dio a estos juicios un fuerte carácter unilateral, ya que únicamente fueron juzgados los crímenes cometidos por los países del Eje, quedando fuera del ámbito competencial del tribunal las trágicas actuaciones realizadas por los países aliados como, por ejemplo, el grave y fatal bombardeo atómico en *Hiroshima* y *Nagasaki*, así como aquél otro que tuvo lugar sobre la ciudad de Tokio. Siguiendo con otro tipo de críticas, cabe destacar que el emperador japonés no sólo no fue juzgado a pesar del cargo que ostentó durante la guerra, sino que se le concedió inmunidad total. Éstas y otras tantas razones llevaron a la idea de que los procesos celebrados en Tokio carecieron de la credibilidad que el Tribunal de Nüremberg sí recibió desde el primer momento.

«fueron justos y eficaces teniendo en cuenta la situación política y circunstancias emocionales bajo los cuales tuvieron lugar¹³⁸».

Frente a la anterior consideración, conviene recordar que pese a que ambos tribunales -uno en mayor medida que otro- han sido considerados como las piezas más significativas en la configuración del actual Derecho Penal Internacional, es cierto que no permitieron a los acusados desafiar o poner en tela de juicio la jurisdicción que ostentaban, ni esgrimir argumentos dirigidos a cuestionar o poner en entredicho las actuaciones de los aliados. No hay que olvidar el innegable hecho en virtud del cual la mayoría de las acusaciones respondían a consideraciones políticas y no al grado de culpabilidad de los acusados ni a las respectivas evidencias probatorias. Todo ello, junto con otras razones, contribuyeron a que los referidos tribunales quedaran sujetos a fuertes críticas¹³⁹.

Con todo lo anterior, no resulta extraño que se haya argumentado que: «siendo considerable la contribución doctrinal y el desarrollo procesal de Derecho Penal Internacional [ejercido por los juicios de Nüremberg y Tokio] y sometiendo el crimen nazi a algún grado de exposición y justicia, estos juicios no alcanzaron un cierre sustancial para las Estados implicados. El constante debate en curso sobre la responsabilidad y la reparación de las atrocidades nazis es el testimonio de su conclusión¹⁴⁰».

En torno a estas cuestiones, SÁNCHEZ LEGIDO argumenta que: «el sentido universal de la justicia reclama sin duda el castigo de la barbarie, pero también que la misma sea impartida para todos por igual. Y es eso, precisamente, lo que faltó tras la Segunda Guerra Mundial¹⁴¹». Esta afirmación absolutamente innegable se ve inmediatamente apuntalada por la siguiente consideración no menos relevante: «no puede ignorarse que un número significativo de esos juicios se desarrollaron por

¹³⁸ Cfr. RATNER, S., Y ABRAMS, J., *ob. cit.*, pág. 190: «Were remarkably fair and effective, especially in light of the politically and emotionally charged circumstances under which they were held».

¹³⁹ Vid. BRACKMAN, A. C., "The judges", *The Other Nüremberg: The untold story of the Tokyo War Crimes Trials*, Ed. William Morrow & Co., Nueva York, 1987, págs. 63 y ss.

¹⁴⁰ Cfr. RATNER, S., Y ABRAMS, J., *ob. cit.*, pág. 190: «While contribution substantially to the doctrinal and procedural development of international criminal law, and subjecting Nazi crime to some degree of exposure and justice, these trials (...) could not achieve substantial closure for the societies involved. The ongoing debate over responsibility and reparation of Nazi atrocities is testimony to its conclusion».

¹⁴¹ Cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 53.

Estados que no tenían más vínculo con los crímenes encausados que su pertenencia a las Naciones Unidas durante la guerra¹⁴²».

Al margen de las largas discusiones y de los enconados debates surgidos en torno a los comentados juicios, debe resaltarse la idea de que la ONU, a partir de ese momento, tuvo como objeto primordial tipificar determinados crímenes contrarios a la paz y a la seguridad de la humanidad¹⁴³. Asimismo, esta organización, por medio de la resolución de la AGNU 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, confirmó los principios del Derecho Internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg y los fallos del mismo (esta confirmación volvió a producirse en el preámbulo de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, cuya entrada en vigor se produjo el 11 de noviembre de 1970¹⁴⁴). No cabe duda de que a través de los mencionados juicios se pretendió, bajo el amparo de la legalidad, poner fin a la perpetración de graves delitos por medio de su persecución y castigo¹⁴⁵.

Por lo tanto, a pesar de las críticas desplegadas en torno a los referidos juicios, hay que destacar la importancia del legado, fundamentalmente, del tribunal de Nüremberg. Gracias al él se abrió una nueva etapa en virtud de la cual en el caso de que determinados crímenes supusieran una grave lesión al orden internacional - independientemente de que tuvieran lugar en un sólo Estado y de que sus efectos no traspasaran sus propias fronteras- cabría establecer la correspondiente condena por medio de la celebración de un juicio penal oportuno. Imperó, pues, durante aquella época una corriente favorable de concienciación por parte de la comunidad internacional de no dejar impunes hechos que violasen derechos inalienables de las personas. Consecuentemente, todo ello condujo a que el Estatuto y los juicios de Nüremberg fueran considerados como los principales principios rectores del Derecho Internacional. Actualmente, los mismos forman parte del *ius cogens* o normas

¹⁴² Cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, ob. cit., pág. 53.

¹⁴³ En 1950, la Comisión de Derecho Internacional de la ONU adoptó los "Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nüremberg". Cuatro años más tarde, surgió un pequeño proyecto de Código con tan sólo cuatro artículos, el cual fue objeto de revisión -por sugerencia de la AGNU- a través de la resolución número 3314/XXIX. En 1991, la Comisión puso todo su empeño en configurar un listado de doce crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad que fue posteriormente reducido, mediante los trabajos exhaustivos de la misma entre 1995 y 1996, a cinco: agresión, genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y crímenes contra el personal de la ONU.

¹⁴⁴ Documento disponible en la página web de la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos: http://www2.ohchr.org/spanish/law/crimenes_guerra.htm

¹⁴⁵ Vid. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, ob. cit., pág. 54.

imperativas del Derecho Internacional¹⁴⁶ y han sido considerados a su vez como «la semilla de lo que en la actualidad se conoce como la Corte Penal Internacional¹⁴⁷».

Resulta curioso el paralelismo que advierte SÁNCHEZ LEGIDO a la hora de establecer la relación entre la actuación de los Estados respecto de los delitos relacionados con la piratería y aquellos otros crímenes identificados en Nüremberg. Ambos casos implican la vulneración de intereses fundamentales de los Estados, así como la difícil persecución de los mismos debido «a la estructura descentralizada de la sociedad internacional¹⁴⁸». Sin embargo, este autor apunta claras diferencias entre estos dos tipos de supuestos, ya que el primero hace referencia a la lesión de intereses puramente materiales de los cuales se suele deducir, generalmente, una respuesta rápida por parte del Estado afectado; frente al segundo caso, que hace referencia a la lesión de intereses o valores de marcado carácter ideológico en el que la respuesta no suele ser tan rápida pues se rodea de todo tipo de prejuicios o complejos morales, éticos, ideológicos, etc. A nuestro modo de ver, es posible que esta lenta reacción de un Estado en el segundo supuesto se deba, entre otras razones, a una falta de compromiso real y eficaz para con los valores universales que pretenden la defensa de la humanidad o a que desee evitar, a toda costa, una posible investigación judicial que le implique en la realización de graves hechos ilícitos¹⁴⁹.

En cualquier caso, lo que conviene resaltar es que con la celebración de los juicios posteriores a la Segunda Guerra Mundial comienza un nuevo ciclo en el orden internacional que ha tenido como fundamento la concienciación de los valores e intereses del hombre -aunque tuvieran que pasar largas décadas para que se constituyeran de nuevo tribunales internacionales con carácter *ex profeso*¹⁵⁰-. De hecho, durante esta nueva etapa, la ONU se puso en marcha e impulsó, como ya hemos visto, no sólo la adopción de numerosos convenios y tratados sobre ilícitos graves¹⁵¹, sino que

¹⁴⁶ Las normas de *ius cogens*, aceptadas en su totalidad por la comunidad internacional, presentan una indudable y estrecha relación con el principio de universalidad, ya que hacen referencia a hechos especialmente graves como son: los actos de genocidio, de tortura, de esclavitud, etc.

¹⁴⁷ Cfr. CORZO, V., y CORZO, E., *ob. cit.*, pág. 10.

¹⁴⁸ Cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 55.

¹⁴⁹ Los casos en los que la actuación de un Estado se ve activada por un título jurisdiccional que le vincula con el grave ilícito que pretende juzgar conlleva, generalmente, que la determinación en su persecución será siempre mucho más significativa y palpable.

¹⁵⁰ Ejemplos de los mencionados tribunales internacionales fueron, entre otros, los creados para sancionar los graves hechos delictivos ocurridos en la antigua Yugoslavia y Ruanda.

¹⁵¹ En esos momentos se elaboró, entre otros, el Convenio contra el genocidio. Documento disponible en la página web de la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos:

<http://www2.ohchr.org/spanish/law/genocidio.htm>

abordó, además, la cuestión relativa a la creación de una Corte Penal Internacional (CPI)¹⁵². Asimismo, en sentido similar, la AGNU adoptó la resolución 60 B (III) de 9 de diciembre de 1948 en virtud de la cual preguntaba a la Comisión de Derecho Internacional (CDI) el tipo de jurisdicción que un tribunal internacional debería ostentar sobre el genocidio y otros crímenes¹⁵³.

En definitiva, la celebración de los citados juicios fue todo un hito histórico. Gran parte de su importancia reside en la idea fundamental de que no sólo determinados crímenes dejaban de quedar, a partir de ese momento, bajo el marco único y exclusivo de la jurisdicción del Estado en el que tenían lugar, sino que, además, surgió una reacción internacional de rechazo hacia ellos¹⁵⁴. Así ODELLO, reproduciendo las palabras de Michel Virally, expresa que: «la pantalla del Estado, separando Derecho interno y Derecho internacional, asuntos internos y relaciones internacionales, ha sido traspasada. El Derecho internacional penetra en el mismo santuario de la soberanía, a saber, las relaciones entre el Estado y sus nacionales y, de manera más general, entre el aparato del Estado y la población, esto es, en dos de los elementos constitutivos del Estado tal y como éstos son tradicionalmente concebidos¹⁵⁵».

Consecuentemente, no hay que restar importancia a los juicios celebrados tras la Segunda Guerra Mundial, puesto que -a pesar de ciertas críticas de peso- propiciaron la aparición y la progresiva consolidación del principio de universalidad. Hay que tener bien presente que gracias a la creación de los tribunales internacionales de Nüremberg y Tokio se empezó a debatir, seriamente y con carácter prioritario, la cuestión relativa a

¹⁵² En este sentido, no hay duda de que la ONU ha realizado considerables esfuerzos encaminados a la creación de dicha corte internacional. Así, en 1948, contempló por primera vez la posibilidad de establecer una corte permanente internacional con el objeto de juzgar delitos graves como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y la agresión. Sin embargo, esta idea no cuajó hasta 1992, puesto que existían diferencias de opinión entre los países involucrados en el proceso de su creación. Así pues, no fue hasta el citado año cuando la AGNU pidió a la Comisión de Derecho Internacional que preparara un proyecto de estatuto de dicha Corte. Finalmente, el Estatuto de Roma de la CPI fue adoptado en una conferencia de plenipotenciarios durante el mes de junio y julio de 1998 por ciento veinte votos a favor, siete en contra y veintiuna abstenciones, para ser abierto inmediatamente a firma.

¹⁵³ Documento disponible en la página web de la Comisión de Derecho Internacional: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/047/25/IMG/NR004725.pdf?OpenElement> «to study the desirability and possibility of establishing an international judicial organ for the trial of persons charged with genocide or other crimes which jurisdiction will be conferred upon that organ by international conventions».

¹⁵⁴ Hoy en día, gracias a la inmediatez informativa de los hechos dramáticos que tienen lugar en el mundo y al mayor compromiso, en general, con las normas humanitarias, esta "reacción internacional" de la que hablamos se contempla como algo normal y comprensible.

¹⁵⁵ Cfr. ODELLO, M., "La Corte Penal Internacional y las legislaciones nacionales: relación entre derecho internacional y derechos nacionales", RJSNE, 2004, pág. 357.

las medidas estatales que debían adoptarse para obtener un correcto y eficiente castigo penal ante la posibilidad de que se cometiera alguno de los más horribles crímenes que azotan la conciencia del hombre y su sentido común. Asimismo, supusieron la supresión de «la inmunidad sustantiva para crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad¹⁵⁶». Y, todo ello, no debe ser considerado como una aportación poco relevante.

Para concluir, tras estos juicios -que supusieron el castigo de crímenes cometidos durante y como consecuencia de un momento histórico muy concreto- la ONU comenzó a desligarse de asuntos o acontecimientos puntuales para tratar de proteger y salvaguardar los derechos fundamentales en general; ya no sólo se trataba de fomentar la protección de determinados intereses o valores en época de conflicto sino también en época de paz. Desafortunadamente, tras la Segunda Guerra Mundial, ha sido preciso que transcurriera prácticamente todo el siglo XX para presenciar de nuevo juicios contra acusados responsables de cometer crímenes internacionales.

b. Los efectos de los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977

Los terribles sucesos de la Segunda Guerra Mundial propiciaron una reacción conjunta de rechazo y condena en relación con determinadas actuaciones consideradas, a partir de entonces y con mayor firmeza que antes, como muy graves y atentatorias contra la humanidad; es indudable que en aquel momento existía el entorno perfecto para abordar cuestiones relativas a la defensa y protección de determinados valores e intereses fundamentales de la persona.

Como consecuencia, pocos años después de la Guerra y tras la constitución del Tribunal de Nüremberg, se celebró, en 1949, la Cuarta Convención de Ginebra, la cual comprendía los siguientes cuatro convenios: I) el Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña; II) el Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar; III) el Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y IV) el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Estos Convenios que constituyen la piedra angular del Derecho Internacional Humanitario incluyen los

¹⁵⁶ Cfr. CHERIF BASSIOUNI, M., *Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea*, VJILA, ob. cit., pág. 3.

protocolos adicionales de 1977: a) el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y b) el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).

Anteriormente, producto de los esfuerzos de Jean Henri Dunant, fundador de la Cruz Roja, se habían celebrado las siguientes Convenciones: a) la Primera Convención de Ginebra, de 1864, que comprende el Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte que corren los militares heridos en los ejércitos en campaña de 1864; b) la Segunda Convención de Ginebra, de 1906, que comprende el Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña de 1906; c) la Tercera Convención de Ginebra, de 1929, que comprende el Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña y el Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra del 27 de julio de 1929.

Los Convenios de Ginebra adoptados antes de 1949 se referían únicamente a los combatientes y no a las personas civiles. No obstante, los hechos que tuvieron lugar durante la Segunda Guerra Mundial pusieron en evidencia las calamitosas consecuencias surgidas ante la ausencia de un convenio que protegiera debidamente a los civiles en tiempo de guerra. Así pues, tomando en consideración la experiencia vivida durante aquellos años de enfrentamiento bélico, los Convenios de 1949 establecieron una especial sección diseñada a proteger a la población en general.

REY-SCHYRR señaló la importante labor que desarrolló el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en la elaboración de la Cuarta Convención: «(...) [el CICR se esforzó por inscribir] al comienzo de los Convenios principios generales e imprescriptibles relativos al trato humano, al respeto y a la inalienabilidad de los derechos de las personas protegidas y, por otra, anexándoles acuerdos modelo y proyectos de reglamentos¹⁵⁷». Desde el punto de vista del autor mencionado, la Cuarta Convención sentó las bases contemporáneas del Derecho Internacional Humanitario.

¹⁵⁷ Cfr. REY-SCHYRR, C., "Los Convenios de Ginebra de 1949: un progreso decisivo (Segunda parte)", RICR, n° 835, 1999. Documento disponible en la página web del CICR: <http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/html/5TDNMV>

No cabe duda de que tanto la Cuarta Convención como las anteriores recogen las principales normas destinadas a limitar la barbarie de la guerra. Así, el artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra establece un compromiso fundamental en virtud del cual las partes contratantes se comprometen a "respetar y hacer respetar" sus respectivas disposiciones en todas las circunstancias; esta obligación resulta aplicable a todo conflicto internacional que pueda tener lugar, quedando los conflictos internos bajo la específica cobertura del artículo 3 común¹⁵⁸. Una consecuencia, pues, que se deduce de la lectura de este tipo de herramientas normativas es que el Derecho Internacional actual impone obligaciones a los Estados de respeto hacia el Derecho Internacional Humanitario, independientemente de la actuación de tribunales internacionales y al margen de las reacciones que los demás Estados puedan tener¹⁵⁹.

Del contenido del citado precepto junto con el del artículo 89 del Protocolo I Adicional¹⁶⁰ -el cual establece la obligación de los Estados a actuar- se extrae la idea de que entre las muchas obligaciones que asumen los Estados, éstos deben poner especial atención en la obligación relativa a la persecución y sanción de violaciones graves (obligación que existe independientemente del lugar en el que hayan acontecido los hechos y al margen de quien sea el presunto culpable). Todo ello entronca, sin lugar a dudas, con el ámbito aplicativo del principio de jurisdicción universal.

¹⁵⁸ A este respecto, BOISSON DE CHAZOURNES y CONDORELLI se pronuncian del siguiente modo: «(...) [los conflictos no internacionales] están definidos por el Protocolo adicional II [pero] no están explícitamente cobijados por la obligación de respetar y hacer respetar; sin embargo, puede considerarse que caen dentro del ámbito de esta disposición, por cuanto el Protocolo II es simplemente una elaboración del artículo 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra, un hecho afirmado en su artículo 1, apartado 1». *Cfr.* BOISSON DE CHAZOURNES, L., Y CONDORELLI, L., "Nueva interpretación del artículo 1 común a los Convenios de Ginebra: protección de los intereses colectivos", RICR, n° 837, 2000, pág. 68.

¹⁵⁹ ACOSTA ESTÉVEZ considera que: «el Derecho Internacional contemporáneo impone a los Estados, no sólo la facultad, sino la obligación de "respetar y hacer respetar" el Derecho Internacional humanitario por sus propios medios, sin esperar la intervención de un tribunal internacional cualquiera que éste sea». *Cfr.* ACOSTA ESTÉVEZ, J. B., "Las infracciones graves de los Convenios de Ginebra en el Derecho penal español bajo el principio de jurisdicción universal", AMDI, Vol. VII, 2007, pág. 18. Documento disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/7/art/art1.pdf>

La mencionada obligación de "respetar y hacer respetar" pone de relieve, según PUEYO LOSA, el carácter *erga omnes* de las obligaciones que conforman el Derecho Internacional humanitario. El autor opina que se trata de: «una obligación que recae sobre todos y cada uno de los Estados de la sociedad internacional sean o no partes en los Convenios de Ginebra, en la medida en que encuentra su reconocimiento no sólo en el Derecho Internacional convencional sino también en el Derecho Internacional consuetudinario, lo que implica que todos los estados tienen el deber (...) de interesarse por las violaciones que se produzcan, y tomar medidas apropiadas para hacerlas cesar y reprimir». *Cfr.* PUEYO LOSA, J., "Derechos Humanos, crímenes de guerra y la globalización de la justicia", REDM, n° 83 (enero-junio), 2004, págs. 19 y 20.

¹⁶⁰ El artículo 89 establece lo siguiente: «En situaciones de violaciones graves de los Convenios o del presente Protocolo, las Altas Partes contratantes se comprometen a actuar, conjunta o separadamente, en cooperación con las Naciones Unidas y de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas».

En otras palabras, esta relación con el principio de universalidad resulta evidente por el mero hecho de que la actuación de los Estados debe diseñarse bajo la firme estrategia de poner fin a conductas graves. En definitiva, se les insta a actuar y a respetar valores e intereses de la comunidad internacional ante todo tipo de circunstancias. Así lo indica el artículo 2 del Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar¹⁶¹, el cual obliga a los Estados a defender los referidos intereses y valores incluso aunque ello no tenga lugar bajo el marco estricto de un conflicto armado.

REY-SCHYRR esgrime acertadamente que a través de los preceptos contenidos en los Convenios de Ginebra se pretende poner fin a trágicos sucesos como los acontecidos durante la Segunda Guerra Mundial en los que se había negado a multitud de víctimas el beneficio del Convenio relativo a los prisioneros de guerra por el simple hecho de que el Estado a cuya disposición se encontraban consideraba que no había conflicto alguno o impugnaba la condición de Estado de sus oponentes, impidiendo así la aplicación de los Convenios¹⁶².

En cualquier caso, el gran avance en torno a estas cuestiones lo constituye la aprobación del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra. Este precepto supuso la obligación de asegurar, ante un conflicto armado de carácter no internacional, el respeto absoluto y la protección de los derechos fundamentales de la persona¹⁶³. La

¹⁶¹ El artículo 2 dispone que: «Aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra. El Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar. Si una de las Potencias en conflicto no es parte en el presente Convenio, las Potencias que son Partes en el mismo estarán, sin embargo, obligadas por él en sus relaciones recíprocas. Estarán, además, obligadas por el Convenio con respecto a dicha Potencia, si ésta acepta y aplica sus disposiciones». REY-SCHYRR entiende que el singular carácter del referido precepto radica en que su ámbito aplicativo abarca conflictos armados estatales, independientemente de que no se haya reconocido expresamente tal situación. Ello es una buena muestra de que los citados Convenios fueron elaborados tras unos hechos dramáticamente singulares que provocaron fuertes enfrentamientos entre unas potencias con otras. *Vid.* REY-SCHYRR, C., *ob. cit.*

¹⁶² *Ibidem.*

¹⁶³ El artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra relativo a conflictos no internacionales establece lo siguiente: «En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con Humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los

opinión mayoritaria de la doctrina considera que este artículo constituye una especie de "mini" convenio que, según palabras de PICTET, «tiene el mérito de la sencillez y la claridad. Garantiza, al menos, la aplicación de normas humanitarias reconocidas como esenciales por los pueblos civilizados (...). Otro mérito del texto es el de ser aplicable automáticamente, sin condición de reciprocidad. Su observancia no está subordinada a deliberaciones preliminares sobre la índole del conflicto o de las disposiciones particulares que han de respetarse, como hubiera sido el caso con los otros proyectos debatidos¹⁶⁴».

Así pues, el daño moral efectuado durante la Segunda Guerra Mundial fue tal que tras su finalización se pusieron en marcha todo tipo de procesos y mecanismos - como la celebración de los Convenios señalados- que pretendieron poner fin a los terribles males que habían asolado el mundo durante años. Como no podía ser de otro modo, los Convenios de Ginebra parten de la misma base y pertenecen a la misma esfera de influencia que la Declaración Universal de los Derechos del Hombre - aprobada ocho meses antes, el 10 de diciembre de 1948, por la ONU- y ello, junto al hecho de que aparezca formulado el principio de universalidad, les dota de un singular significado. Además, el alto grado de aceptación de los mismos hizo que no fuera fácil a los detractores del principio esgrimir argumentos en contra de su fundamentación y aplicación. De hecho, la opinión mayoritaria admite que en los Convenios de Ginebra se recoge una competencia universal obligatoria con carácter *self-executing* desvinculada de nexos atributivos de competencias¹⁶⁵. No obstante, éstos no hicieron mención alguna al establecimiento de las penas condenatorias; se determinó que fueran los propios sistemas jurídicos nacionales los que decidieran este tipo de cuestiones¹⁶⁶.

atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto».

¹⁶⁴ Cfr. PICTET, J., "Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional", RICR, 1998. Documento disponible en la página web del CICR: <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDMMU>

¹⁶⁵ ACOSTA ESTÉVEZ puntualiza que: «las disposiciones de los Convenios de Ginebra reconocen directamente a los Estados la jurisdicción universal y, en consecuencia, atendiendo a este carácter *self-executing*, las legislaciones nacionales no necesitan llevar a cabo ningún acto normativo interno de incorporación o ejecución en orden a su puesta en práctica». Cfr. ACOSTA ESTÉVEZ, J. B., *ob. cit.*, pág. 19.

¹⁶⁶ El ordenamiento jurídico español prevé en el título XXIV del Código Penal (relativo a los delitos contra la comunidad internacional) las penas aplicables a las infracciones graves contempladas en los

Sea como fuere, JORGE URBINA considera que «es la defensa y protección de intereses que afectan a la comunidad internacional en su conjunto lo que determina el reconocimiento del principio de jurisdicción universal en relación con determinados tipos de crímenes¹⁶⁷». Éste y otros autores, como SALINAS BURGOS, manifiestan que los Convenios junto con el Protocolo Adicional I de 1977 establecen claramente el régimen de jurisdicción universal¹⁶⁸. Efectivamente, los Convenios de 1949 -I), II), III) y IV)- incluyen la atribución de una competencia de carácter universal; concretamente, los artículos 49, 50, 129 y 146 instan a los Estados a perseguir y a enjuiciar infracciones especialmente graves¹⁶⁹ y los artículos 50, 51, 130 y 147 indican el tipo de actuaciones que son susceptibles de recibir la calificación de infracción grave¹⁷⁰.

Siguiendo el hilo de lo anterior, la referencia hecha expresamente por los Convenios a determinados delitos calificándolos como infracciones graves supuso que cierto tipo de actuaciones dejaban de estar dentro del ámbito de la impunidad. Se empezaba, pues, a intuir el terreno o el ámbito propicio para atisbar los elementos desencadenantes del actual marco aplicativo del principio de universalidad. Es más, se ha llegado a afirmar que los Convenios de Ginebra de 1949 asumen la cualidad de normas de Derecho Internacional general, siendo sus preceptos aplicables aun cuando una de las partes en el conflicto no los haya ratificado¹⁷¹.

De lo anterior se desprenden también aspectos negativos. Uno de ellos es el polémico debate en torno a la aplicación del principio de jurisdicción universal en supuestos no recogidos por los citados instrumentos -es decir: supuestos delictivos que se encuentran al margen de los Convenios de 1949 y del Protocolo Adicional I de 1977.

Convenios de 1949. De esta forma, en España, los Convenios de Ginebra de 1949 se configuran como un válido cauce para proceder a la aplicación del principio de jurisdicción universal.

¹⁶⁷ Cfr. JORGE URBINA, J., "Crímenes de Guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado", AMDI, Vol. VIII, 2008, pág. 259.

¹⁶⁸ Vid. SALINAS BURGOS, H., *ob. cit.*, pág. 113.

¹⁶⁹ Según ACOSTA ESTÉVEZ, los referidos artículos obligan a los Estados a «buscar a las personas acusadas de haber cometido, o mandado cometer, cualquiera de las infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, sea cual fuere la nacionalidad de ellas». Cfr. ACOSTA ESTÉVEZ, J. B., *ob. cit.*, pág. 18. De lo anterior, se deduce el compromiso estatal de ejercitar la jurisdicción universal. Es más, parece que esta obligación existe aun cuando no se dé la presencia del perpetrador de los hechos delictivos en el territorio del Estado que pretende juzgar. Esto implicaría, que «cada Estado parte estaría obligado a poner en marcha la maquinaria de la justicia para conocer de todos y cada uno de los crímenes de guerra que son cometidos en todas y cada una de las partes del mundo, mediante, por tanto, una persecución *urbi et orbe*». Cfr. ACOSTA ESTÉVEZ, J. B., *ob. cit.*, pág. 22.

¹⁷⁰ Los artículos 11.4, 85.3 y 4 del Protocolo I Adicional también hacen referencia a esta cuestión.

¹⁷¹ Vid. Instituto de Derecho Internacional; resolución titulada: *Les conditions d'application des règles humanitaires relatives aux conflits armés aux hostilités dans lesquelles les Forces des Nations Unies peuvent être engagées* (Sesión de Zagreb), 1971. Documento disponible en la página web del Instituto de Derecho Internacional: http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1971_zag_03_fr.pdf

Igualmente, se discute sobre la inexistencia de un instrumento convencional que establezca o formule claramente el régimen del principio de universalidad. A este respecto, SALINAS BURGOS argumenta que: «no existe un instrumento convencional que consagre el régimen de jurisdicción universal para la persecución de los denominados "crímenes contra la Humanidad" o "crímenes de lesa Humanidad"¹⁷²». En cualquier caso, Amnistía Internacional, con la intención de procurar cierta claridad sobre la materia, enumera una serie de infracciones cometidas contra personas sobre las cuales los Convenios otorgan una especial protección en el caso de que tengan lugar durante conflictos armados internacionales¹⁷³: «el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; el hecho de causar deliberadamente sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud mental; la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita o arbitrariamente; el hecho de obligar a un prisionero de guerra o a un habitante de un territorio ocupado a prestar servicio en las fuerzas de la potencia hostil; el hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a un habitante de un territorio ocupado del derecho a un juicio justo y ordinario; la toma de rehenes, y la deportación o traslado ilícitos o el confinamiento ilícito de un habitante de un territorio ocupado¹⁷⁴».

Sea como fuere, a pesar de que los Convenios tuvieron por objeto recoger y tipificar determinadas conductas como ilícitos graves, es cierto que debieron pasar muchos años hasta que la comisión de los mismos implicara una auténtica reacción por parte de las autoridades de un Estado. La concienciación moral y material en la persecución de los crímenes de guerra no fue ni mucho menos inmediata; y, además, llevó su tiempo que los Estados incluyeran en sus legislaciones normas expresas que permitieran la persecución de determinados delitos por medio del principio de justicia universal¹⁷⁵. Una posible explicación a esta desafortunada situación puede recaer en la

¹⁷² Cfr. SALINAS BURGOS, H., *ob. cit.*, pág. 115.

¹⁷³ Es el caso de los naufragos de las fuerzas armadas, de los marinos o soldados heridos y prisioneros de guerra, así como de personas civiles.

¹⁷⁴ Amnistía Internacional expone sus ideas en mayo de 1999 en un documento titulado: *La compétence universelle, 14 principes pour l'exercice effectif de la compétence universelle*. Documento disponible en la página web de Amnistía Internacional:

<http://www.amnesty.org/fr/library/asset/IOR53/001/1999/fr/f0a24953-e130-11dd-b6eb-9175286ccde2/ior530011999es.html>

¹⁷⁵ En todo caso, como se ha dicho en el presente trabajo, no es necesario para que tenga validez el principio de justicia universal que éste se encuentre contemplado en los ordenamientos jurídicos internos. Es suficiente con el hecho de que instrumentos normativos internacionales lo contemplen, pero -

idea relativa a que la persecución de este tipo de delitos por medio del citado principio, al no estar articulado bajo ningún tipo de nexo o unión con el hecho delictivo que se pretende juzgar, genera siempre una fuerte polémica. Ello, de algún modo, explica el retraso de su inclusión en la normativa interna estatal.

Redundando en la anterior idea, es cierto que el proceso en virtud del cual se vislumbró la necesidad de que determinados delitos especialmente abominables fueran incluidos en las legislaciones internas de los Estados -al margen de la existencia o no de vínculos de unión- tomó indudablemente su tiempo. Así se pronuncia Amnistía Internacional al afirmar que «durante muchos años, la mayoría de los Estados no concedieron a sus tribunales jurisdicción en virtud del derecho interno. Al final, varios Estados, en su mayoría latinoamericanos, promulgaron leyes que estipulaban el ejercicio de la jurisdicción universal sobre ciertos delitos comprendidos en el derecho internacional cometidos con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Entre ellos figuraban Alemania, Austria, Bélgica, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, España, Francia, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Noruega, Panamá, Perú, Suiza, Uruguay y Venezuela. Muy pocos de estos Estados ejercieron alguna vez tal jurisdicción¹⁷⁶».

A pesar del excesivo tiempo que llevó la inclusión del principio de universalidad en los ordenamientos jurídicos internos, no hay que olvidar que la aparición de los Convenios de 1949 supuso la adopción de un compromiso estatal de respeto hacia las normas humanitarias. Así opina JORGE URBINA cuando afirma que por medio de los referidos Convenios se hizo énfasis en «el deber que corresponde a las autoridades estatales de procurar un eficaz cumplimiento del derecho internacional humanitario, adoptando todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otro tipo que sean necesarias para hacer cesar, en particular, cualquier violación grave de sus normas y garantizar que los responsables de tales actos sean castigados. Esta obligación se hace extensiva a todos los Estados, con independencia de que hayan tomado parte en el conflicto armado, de la nacionalidad de los responsables o de las víctimas o del lugar

obviamente- tendrá mayor peso y operara con mayor efectividad si aparece incluido y, por lo tanto, aceptado en la normativa interna de los Estados.

¹⁷⁶ *Vid. Supra.* Nota 174.

en que se haya cometido el crimen, atribuyéndoles a tal efecto una competencia judicial extraterritorial de carácter universal¹⁷⁷».

En todo caso, conviene recordar que algunos Estados sí se pusieron en marcha para adaptar su legislación a los instrumentos normativos surgidos tras la Segunda Guerra Mundial. En la mayoría de los países de la *Commonwealth*, los referidos instrumentos fueron implementados por medio de la *Geneva Conventions Act*¹⁷⁸ respecto de delitos que tuvieron lugar en dicha guerra. Más adelante, ciertos países aprobaron leyes que reconociendo el principio de jurisdicción universal sobre crímenes de guerra no hicieron mención alguna a los citados Convenios. Estos han sido los casos, entre otros, del artículo español 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), así como del artículo 7 del *Criminal Code* de 1987 de Canadá. Otros Estados, como señala la CICR, han establecido el sistema propio de la jurisdicción universal incluso respecto de crímenes cometidos en conflictos armados no internacionales. Estos son los casos, entre otros, de Suecia (capítulo II, artículo 3 del Código Penal sueco) y de Bélgica (artículo 7 de la ley belga de 16 de junio de 1993 *relative à la répression des infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II du 8 juin 1977*¹⁷⁹).

De lo anterior cabe concluir que a pesar de que el tribunal de Nüremberg y los Convenios de Ginebra surgieron a raíz del final de la Segunda Guerra Mundial, no fue hasta la década de los 90 cuando -simultáneamente al establecimiento de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia (1993) y Ruanda (1994)- la mayoría de los Estados comenzaron a actuar firmemente en el respeto y cumplimiento de las normas del Derecho Internacional Humanitario. Efectivamente, fue en la mencionada década cuando un gran número de Estados comenzó a elaborar normas o trató de adaptarlas para que tuvieran la capacidad de otorgar competencia a sus tribunales por medio del principio de jurisdicción universal respecto de delitos especialmente miserables¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Cfr. JORGE URBINA, J., *ob. cit.*, pág. 259.

¹⁷⁸ Así ocurrió con la *Geneva Conventions Act* de Australia de 1957, con la de Canadá de 1965 y con la de India de 1960.

¹⁷⁹ Documento disponible en la página web del CICR:

<http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/html/5TDM9B>

¹⁸⁰ Sobre todas estas cuestiones, Amnistía Internacional considera que, durante años, numerosos países hicieron uso de la jurisdicción universal del siguiente modo: «en Alemania, Austria, Dinamarca, los Países Bajos, Suecia y Suiza, los tribunales han ejercido la jurisdicción universal sobre delitos graves

c. La peculiaridad del principio de jurisdicción universal en los convenios surgidos tras la Segunda Guerra Mundial

Al margen del contenido de algunas legislaciones domésticas en las que se hizo referencia con carácter bastante temprano al principio de jurisdicción universal, fueron fundamentalmente los convenios y los tratados celebrados tras la Segunda Guerra Mundial los que lo contemplaron y articularon. Éstos, al erigirse como instrumentos claves en la configuración del Derecho Internacional, constituyeron una pieza fundamental en la composición del citado principio.

Como ya explicó CHERIF BASSIOUNI muy acertadamente «algunas convenciones [parecen] permitir la aplicación de la jurisdicción universal en relación con delitos cubiertos en ellas. Los Convenios de la Cruz Roja de 1949 podrían ser un ejemplo, a pesar de que no todos los Estados partes en estos convenios han establecido jurisdicción universal en conformidad con estos instrumentos. (...) Otras convenciones claramente contemplan o requieren la aplicación de la jurisdicción universal¹⁸¹».

Sobre todas estas cuestiones no hay que olvidar que aunque han sido numerosos los convenios internacionales sobre crímenes graves en los que se ha recogido el principio de jurisdicción universal tras la Guerra, no es posible obtener un criterio definido que permita discernir acerca del tipo de ilícitos sobre los que resulta válida su aplicación. Ello es así en la medida en que si bien resulta aplicable a los actos delictivos contrarios a la paz y a la seguridad de la humanidad, también es cierto que no se ha aplicado a todos ellos. De todos modos, son las normas generales del Derecho Internacional las que definen los crímenes internacionales y es sobre estos crímenes donde el principio de universalidad se ubica. Asimismo, conviene tener presente que no todas las convenciones y tratados que han previsto la justicia universal han sido

comprendidos en el derecho internacional cometidos en la antigua Yugoslavia. En Bélgica, Francia y Suiza, se han abierto investigaciones criminales o iniciado procesamientos por genocidio, crímenes contra la Humanidad o crímenes de guerra cometidos en 1994 en Ruanda, en respuesta a la Resolución 978 del Consejo de Seguridad de la ONU, que insta a los Estados a detener y recluir, de acuerdo con su derecho interno y las normas pertinentes del derecho internacional y en espera de su procesamiento por el Tribunal de Ruanda o por las autoridades nacionales, a las personas que se encuentren en su territorio contra las que haya pruebas suficientes de su responsabilidad en actos de la competencia del Tribunal de Ruanda. Italia y Suiza han abierto investigaciones criminales sobre casos de tortura, ejecución extrajudicial y desaparición forzada ocurridos en Argentina en los años setenta y ochenta. España, así como Bélgica, Francia y Suiza, ha pedido la extradición desde el Reino Unido de ex jefe del Estado de Chile Augusto Pinochet, contra quien se ha dictado acta de acusación por esos delitos». *Vid. Supra.* Nota 174.

¹⁸¹ Cfr. CHERIF BASSIOUNI, M., *Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea*, *VJILA*, ob. cit., págs. 18 y 19.

ratificados por un número elevado de Estados. Este es, por ejemplo, el caso de la Convención de la ONU de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. Ello nos lleva a cuestionar si este tipo de convenciones constituyen una auténtica manifestación del Derecho Internacional consuetudinario, ya que el escaso número de ratificaciones se traduce en un pobre reconocimiento de las mismas. De todos modos, no cabe duda de que el Derecho Internacional Convencional constituye la principal fuente del Derecho Penal Internacional y éste, como no podía ser de otro modo, es la principal vía de reconocimiento y cumplimiento del célebre principio de legalidad penal: *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

Sea como fuere, finalizada la Segunda Guerra Mundial, comenzaron a aglutinarse en múltiples documentos de distinto valor jurídico los delitos más graves y su correspondiente tipificación penal. Como ya se apuntó, la CDI elaboró, en 1954, el primer Proyecto de Código sobre los Crímenes en contra de la Paz y la Seguridad de la Humanidad que incluyó once crímenes. El proyecto hizo especial referencia a los ocurridos durante la Guerra y, además, realizó una distinción respecto de aquéllos que podían cometerse por autoridades estatales. Posteriormente, se diseñó, en 1991, un nuevo Proyecto que tuvo como objetivo principal ampliar los crímenes susceptibles de recibir la calificación de delitos internacionales y, cuatro años más tarde, se elaboró la importante propuesta de crear un Estatuto para la futura CPI¹⁸². En esa ocasión, se estableció un límite en la calificación de los crímenes internacionales, puesto que se fijaron dos elementos esenciales: a) el carácter especialmente grave y b) la identificación internacional del delito. Todo ello supuso que la agresión, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, el terrorismo internacional y el tráfico ilícito de drogas fueran, entre otros, delitos considerados como crímenes internacionales.

De lo anterior se deduce que el Derecho Penal Internacional se ha ido componiendo a través del tiempo mediante la celebración de numerosas convenciones surgidas desde 1815 hasta el reconocimiento actual de los siguientes crímenes internacionales: «agresión, genocidio, crímenes contra la Humanidad, crímenes de guerra, crímenes contra NNUU y el personal asociado, posesión y/o uso ilegítimo de armas, robo de materiales nucleares, mercenarismo, apartheid, esclavitud y prácticas

¹⁸² Vid. *Supra*. Nota 101 y 143.

relacionadas con la esclavitud, tortura, experimentación humana ilegítima, piratería, secuestro de aeronave, actos ilegales contra la navegación marítima civil, actos ilegales contra personas protegidas internacionalmente, toma de rehenes civiles, uso ilegal del correo, terrorismo nuclear, financiamiento del terrorismo internacional, tráfico ilegal de drogas y sustancias peligrosas, destrucción y/o robo de tesoros nacionales y herencia cultural, actos ilegales contra el medio ambiente, tráfico internacional de materiales obscenos, falsificación de monedas, interferencia ilegal con cables submarinos y soborno de funcionarios públicos extranjeros¹⁸³».

No obstante, este largo recorrido de la normativa penal internacional no implica el reconocimiento de que los crímenes que asumen la cualidad de ser internacionales tienen la certeza de que sea ejercida una jurisdicción universal sobre ellos. Así lo expresa CHERIF BASSIOUNI al afirmar que «entre las disposiciones penales contenidas en (...) [las] convenciones hay disposiciones relativas a jurisdicción penal y, de éstas, únicamente [algunas] convenciones contienen una referencia a una teoría jurisdiccional y, entre ellas, solamente de unas pocas (...) se puede decir que reflejan en forma explícita o implícita la jurisdicción universal¹⁸⁴». En cualquier caso, los principales instrumentos internacionales que enumeran crímenes cubiertos por la jurisdicción universal son: La Convención de la ONU contra la Tortura, Tratos Crueles, Penas Inhumanas o Degradantes¹⁸⁵ y los Convenios de Ginebra de 1949 que incluyen los protocolos de 1977.

A modo de conclusión debe destacarse que los delitos sobre los que recae el principio de jurisdicción universal son los más graves y los que gozan de la peculiaridad de haber sido identificados en los Estatutos de los Tribunales de Nüremberg y de Tokio. Éstos, además, han sido oportunamente recopilados en el artículo 5 del Estatuto de Roma y son los siguientes: a) el crimen de genocidio; b) los crímenes de lesa humanidad; c) los crímenes de guerra y d) el crimen de agresión. En todo caso, aunque aparezca reconocido -directa o indirectamente- el principio de jurisdicción universal en los mencionados instrumentos, ello no ha sido un obstáculo para que se hayan producido dudas constantes a la hora de proceder a su aplicación. Sea como fuere, lo que está claro es que el citado principio ha transformado el panorama del Derecho Penal

¹⁸³ Cfr. CHERIF BASSIOUNI, M., *Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea*, VJILA, ob. cit., pág. 22.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ Documento disponible en la página web de la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cat.htm>

Internacional; por medio de éste ha tenido lugar una innegable revolución normativa en la persecución de los delitos más graves que ha logrado que la lucha contra los mismos sea una realidad con favorables resultados en la protección y defensa de los derechos humanos. En definitiva, la jurisdicción universal se ha erigido en los últimos años como una herramienta fiable y viable que ha puesto fin, en más de una ocasión, a injusticias nacionales e internacionales. Así las cosas, a día de hoy, el reconocimiento del principio es absolutamente indudable¹⁸⁶.

¹⁸⁶ Esta afirmación obviamente presenta sus matices, puesto que se ha dado el caso de legislaciones nacionales que contemplando sin remilgos, en un momento dado, el principio de universalidad han cambiado posteriormente su regulación con la intención de asumir enfoques restrictivos. Este es el caso del ordenamiento jurídico español y del belga.

III. Rasgos esenciales, alcance y límites del principio de jurisdicción universal

3. 1. La aceptación convencional y doctrinal del principio de jurisdicción universal

A la hora de determinar el momento en el que el principio de jurisdicción universal resulta aplicable, los ordenamientos jurídicos internos y la cooperación internacional desempeñan un papel fundamental. No obstante lo anterior, hay que dejar claro que este principio presenta -hasta la fecha- un carácter facultativo en la medida en que no existe una norma internacional que obligue a los Estados a que quede incluido en sus respectivos ordenamientos jurídicos¹⁸⁷. Resulta destacable que del mismo modo en el que no hay una norma internacional que obligue a los Estados a incluir la jurisdicción universal, tampoco existe una norma que prohíba dicha posibilidad.

En cualquier caso, es cierto que el citado principio se encuentra implícitamente contenido en numerosos instrumentos jurídicos, al margen de aquéllos -señalados anteriormente- en los que queda expresamente previsto. Ese es el caso, entre otros, del artículo 5 del Convenio sobre el apartheid de 1973¹⁸⁸. Asimismo, es posible intuir el principio de universalidad en las cláusulas de los convenios en las que *no se excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con el Derecho interno*. Esta expresión permite hacer tales suposiciones siempre que la legislación nacional contemple la posibilidad de ejercitar la jurisdicción universal.

Muchos autores insisten en la idea de que la articulación del referido principio en convenios sobre crímenes graves en los que existe una alta ratificación estatal implica una presunción a favor de su existencia. Así, SÁNCHEZ LEGIDO indica que «(...) el carácter al propio tiempo multitudinario y altamente representativo de la participación en algunos de los convenios de Derecho penal internacional que prevén la jurisdicción universal -como los convenios de Ginebra de 1949, el convenio contra la tortura de 1984, los convenios antiterroristas en el ámbito de la navegación aérea o el convenio de

¹⁸⁷ Son muchos los autores que poniendo de relieve el marcado carácter facultativo que tiene el principio de universalidad argumentan que: «los Estados pueden obligarse mediante tratados a ejercer [jurisdicción universal sobre] (...) los crímenes de guerra, pues los Convenios de Ginebra (1949) y los Protocolos (1977) implican la obligación de los Estados partes de juzgar a los presuntos criminales arrestados en un territorio bajo su jurisdicción, con independencia del lugar de comisión de los hechos, de las circunstancias personales de los implicados y de la existencia o no de una demanda de extradición». Cfr. REMIRO BROTONS, A., *et. al.*, *Derecho Internacional*, *ob. cit.*, págs. 1.255 y 1.256.

¹⁸⁸ El citado artículo 5 dispone que: «Las personas acusadas de los actos enumerados en el artículo II de la presente Convención podrán ser juzgadas por un tribunal competente de cualquier Estado Parte en la Convención que tenga jurisdicción sobre esas personas, o por cualquier tribunal penal internacional que sea competente respecto a los Estados Partes que hayan reconocido su jurisdicción».

1988 contra el narcotráfico-, constituye una fuerte presunción a favor de que la jurisdicción universal prevista en ellos, no sólo tiene alcance multilateral, sino también general, en el sentido de que puede ser oponible incluso frente a terceros Estados¹⁸⁹». Por el contrario, será más complejo fundamentar la existencia del principio de justicia universal cuando se advierta un escaso respaldo convencional «sea porque los convenios no cuentan con una participación muy numerosa o ésta adolece de falta de representatividad (...), sea porque la jurisdicción universal carece de toda cobertura convencional (...)»¹⁹⁰.

Teniendo en cuenta que la regulación contenida en los diversos instrumentos jurídicos es en ocasiones un tanto confusa, estimamos que es de gran interés traer a colación la perspectiva manifestada por la doctrina, ya que ha realizado numerosas aportaciones. En este sentido, el *Draft Convention on Jurisdiction with respect to Crime* de 1935 realizado por *Harvard Research in International Law*¹⁹¹ muestra la tendencia favorable hacia el reconocimiento del principio de universalidad. Éste fue un proyecto de tratado internacional que puso sobre la mesa importantes cuestiones relativas a la jurisdicción penal universal. Ya por aquel entonces se dijo que dicho principio constituía uno de los principales títulos habilitadores en la persecución de delitos graves¹⁹², siempre y cuando -según el artículo 10- el presunto culpable se hallara dentro del ámbito territorial del Estado que actuaba.

Otro documento especialmente relevante -que refleja la posición doctrinal actual por tratarse de un documento reciente- es el *Princeton Project on Universal Jurisdiction* de 2001¹⁹³. El proyecto menciona los rasgos y las características esenciales que componen el principio de jurisdicción universal. Lo define en su principio primero¹⁹⁴ y, en el segundo, enumera los actos sobre los que exclusivamente recae¹⁹⁵. Concretamente,

¹⁸⁹ Cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, ob. cit., pág. 389.

¹⁹⁰ *Ibid.* Págs. 389 y 390.

¹⁹¹ *Vid. Supra.* Nota 81. A este respecto, MCCULLOUGH dispone que: «the Draft Convention adopts universal jurisdiction, which was believed by the authors to be permitted by international law, justifying the principle as being necessary to prevent offenders escaping punishment». Cfr. MCCULLOUGH, J., "The 1948 Geneva Convention on Genocide Lessons Learned from Rwanda", ISLR. Documento disponible en: <http://www.islr.ie/Reviews/2001/genocide.php>

¹⁹² *Vid.* SIMBEYE, Y., "Individual criminal responsibility", *Immunity and International Criminal Law*, Ed. Ashgate Publishing, Reino Unido, 2004, pág. 76.

¹⁹³ *Vid. Infra.* Nota 272.

¹⁹⁴ El Principio primero establece lo siguiente: «universal jurisdiction is criminal jurisdiction based solely on the nature of the crime, without regard to where the crime was committed, the nationality of the alleged or convicted perpetrator, the nationality of the victim, or any other connection to the state exercising such jurisdiction». *Ibidem.*

¹⁹⁵ El principio segundo expone la siguiente cuestión: «for purposes of these Principles, serious crimes

este último principio menciona en su segundo párrafo que la justicia universal se podrá aplicar cuando así lo establezcan las normas de Derecho Internacional.

De lo anterior se extrae la idea de que la relevancia del principio de universalidad no debe ponerse en duda. Es más, de la lectura del último documento citado, concretamente de su decimosegundo principio, cabe deducir que aquél no es un principio desfasado o extemporáneo¹⁹⁶. Al contrario, existe una clara vocación a que aparezca insertado en futuros tratados o protocolos, recibiendo un protagonismo indiscutible en el panorama de la persecución de los crímenes más graves. Los propios comentarios al proyecto así lo indican: «el Principio 12 llama a los Estados a establecer la jurisdicción universal en futuros tratados y protocolos (...)»¹⁹⁷.

3. 2. *El principio aut dedere aut iudicare*

Amnistía Internacional, en el expuesto *14 Principes pour l'exercice effectif de la compétence universelle*, no sólo plasma el protagonismo que el principio de justicia universal ha adquirido a lo largo del tiempo, sino que esboza -a grandes rasgos- los elementos esenciales que lo presiden y componen. Una característica fundamental que se deduce del referido documento es que un Estado en su deber de garantizar -por medio del principio de universalidad- la actuación jurisdiccional de sus tribunales sobre delitos graves comprendidos en el Derecho Internacional -siempre que la persona sospechosa de cometer tales delitos se encuentra en el territorio o jurisdicción del Estado que está actuando- debe tener presente la idea de conceder la extradición del culpable a favor de otro Estado si finalmente decide no juzgarlos o, en su caso, entregarlo a un tribunal internacional competente. De esta manera, si un Estado no asume dicha responsabilidad, otros juzgarán al sospechoso tras solicitar la oportuna extradición¹⁹⁸.

under international law include: (1) piracy; (2) slavery; (3) war crimes; (4) crimes against peace; (5) crimes against humanity; (6) genocide; and (7) torture». *Vid. Infra*. Nota 272.

¹⁹⁶ El principio duodécimo indica literalmente lo siguiente: «in all future treaties, and in protocols to existing treaties, concerned with serious crimes under international law as specified in Principle 2 (1), states shall include provisions for universal jurisdiction». *Ibidem*.

¹⁹⁷ *Vid. Infra*. Nota 272. El comentario original es el siguiente: «Principle 12 calls for states to provide for universal jurisdiction in future treaties and protocols (...)».

¹⁹⁸ *Vid. Supra*. Nota 174. Según ORIHUELA CALATAYUD, la extradición debe entenderse como «(...) una muestra de la solidaridad y cooperación internacional en el ejercicio del *ius puniendi* de los Estados, y resulta necesaria para impedir que el refugio en un país extranjero permita la impunidad de hechos delictivos o el incumplimiento de una condena». *Cfr.* ORIHUELA CALATAYUD, E., "Las dificultades en la aplicación de la regla de Viena: la determinación del hecho causante de la aplicación del tratado", *Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, pág. 156.

La CDI codificó, en el artículo 9 de su Proyecto de 1996¹⁹⁹, la regla de entregar el presunto culpable al Estado que solicite su extradición o juzgarle en el caso de que no la autorice (salvo que prefiera transferirlo a un tribunal penal internacional en los términos que prevea su propio Estatuto)²⁰⁰. Esta obligación conocida como el principio *aut dedere aut iudicare*, tiene como propósito fundamental «asegurar que las personas responsables de crímenes especialmente graves sean sometidas a la justicia, previendo el enjuiciamiento y castigo efectivos de esas personas por una jurisdicción competente²⁰¹». En definitiva, esta regla obliga al Estado -a cuya disposición se encuentra el culpable- a administrar justicia de un modo u otro.

SÁNCHEZ LEGIDO hace mención a la obligación *aut dedere aut iudicare* y considera que no existe «una correlación automática entre jurisdicción universal y obligación de juzgar o extraditar ya que, en ocasiones, tal obligación sólo opera respecto de Estados que mantienen con el delito en cuestión una relación susceptible de ser enmarcada en alguno de los otros títulos de jurisdicción. Así, el convenio relativo a la *trata de personas y la explotación de la prostitución ajena* de 1949 (art. 9), o el Protocolo facultativo a la Convención sobre los *derechos del niño* (art. 5.5.), al limitar la operatividad de la obligación al caso de no extradición en razón de la condición de nacional del sospechoso, vienen a reducir al ámbito de la personalidad activa el alcance de la obligación de enjuiciamiento por extradición²⁰²». Es cierto que en los casos traídos a colación se limita el ejercicio de la jurisdicción universal pues la extradición queda supeditada a la nacionalidad del culpable²⁰³. De todos modos, SÁNCHEZ LEGIDO reconoce que estos casos son una excepción a la regla general, ya que lo habitual es que «la obligación de juzgar o extraditar se haga pivotar sobre el Estado en cuyo territorio

¹⁹⁹ *Vid. Supra*. Nota 101.

²⁰⁰ Esta regla se predica respecto de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad con la única excepción del crimen de agresión para el que el Proyecto dispone la competencia exclusiva de un tribunal penal internacional.

²⁰¹ *Vid. Supra*. Nota 101. Ello corresponde al segundo párrafo de los comentarios que realiza la CDI sobre el artículo 9.

²⁰² *Cfr.* SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 70.

²⁰³ SÁNCHEZ LEGIDO advierte que el Convenio sobre tráfico ilícito de estupefacientes de 1988 o la Convención de la ONU sobre delincuencia organizada transnacional limitan «(...) en principio el alcance de la obligación [*aut dedere aut iudicare*] a los supuestos en que la negativa a extraditar sea consecuencia, bien del carácter de nacional de la persona reclamada, bien de la comisión del delito en el propio territorio, a menos que con carácter previo el Estado requerido hubiera previsto en su legislación jurisdicción universal respecto de este tipo de delitos en base exclusivamente a la presencia del sospechoso en su territorio». *Ibidem*.

se encuentre el sospechoso (el llamado *iudex apprehensionis*) sin más condiciones que, a lo sumo y sólo raramente, la recepción de una solicitud de extradición²⁰⁴».

Así pues, la cuestión relativa a la persecución de crímenes graves y su articulación por medio del principio de universalidad implica mencionar necesariamente la célebre regla *aut dedere aut iudicare*, ya que al ser producto de la asistencia jurídica, así como de la cooperación internacional²⁰⁵, constituye una de las fórmulas más frecuentes bajo la cual el referido principio queda enmarcado. Esta regla enunciada en el siglo XVI por Hugo Grocio es, en la actualidad, una «norma de *ius cogens* internacional, reflejo de la *opinio iuris* que se ha gestado en diversos instrumentos internacionales (...)»²⁰⁶. Según entienden algunos autores, se trata de un mecanismo tradicional que sirve «para adquirir jurisdicción sobre fugitivos en el exterior»²⁰⁷. Otros ponen de relieve el carácter complementario de la regla citada: «(...) si bien es cierto que dentro del Derecho Internacional no existe obligación alguna de extraditar en ausencia de un tratado, la costumbre internacional requiere a los Estados extraditar o

²⁰⁴ Cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, ob. cit., pág. 71.

²⁰⁵ Por un lado, la cooperación internacional deriva del principio de reciprocidad en virtud del cual los Estados se comprometen a otorgar a los demás el mismo trato o la misma ayuda que en su día recibieron. Por otro lado, la asistencia jurídica consiste en proporcionar el auxilio preciso a las autoridades pertinentes extranjeras con la intención de facilitarles las posibles pruebas delictivas o cualquier otra cuestión relacionada con el delito que se haya producido en su territorio. En este sentido, la figura de la extradición juega un papel fundamental en la persecución de delitos graves, puesto que su objetivo consiste en localizar, detener y, en su caso, entregar los sospechosos al Estado encargado de su investigación o juzgamiento. El 13 de junio de 2002, en el ámbito de la Unión Europea, la extradición se vio sustituida por la euro-orden, la cual eliminaba gran parte de los obstáculos de la fórmula anterior (se trata de la Decisión marco relativa a la orden de detención y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros). En cualquier caso, esta cooperación internacional ha ido cobrando importancia a lo largo del tiempo y prueba de ello son los Principios de Cooperación Internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad, proclamados, el 3 de diciembre de 1973, por la Resolución 3074 (XXVIII) de la AGNU.

Documento disponible en la página web de la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/extradicion.htm>

²⁰⁶ Cfr. SERVÍN RODRÍGUEZ, A., "La internacionalización de la responsabilidad penal del individuo frente a la impunidad: el principio *aut dedere aut iudicare* como suplemento de los ordenamientos jurídicos nacionales", documento entregado para las ponencias del 30 de enero de 2004 sobre el Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, pág. 4. Documento disponible en: <http://www.ijj.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/UNAM/ijj/ponencias%20300104/mesa4/111s.pdf>

Sobre estas cuestiones, el mencionado autor observa que: «(...) en la práctica internacional los Estados realizan una carente aplicación del (...) [principio *aut dedere aut iudicare*], debido a que a pesar de estar asentada claramente una *opinio iuris* generales de éste, hoy día son más los Estados que refugian criminales del derecho de gentes, que aquellos que buscan la justicia penal internacional mediante la aplicación de este principio; lo rescatable de esto, es que, cada día, la norma *aut dedere aut iudicare* se integra con mayor frecuencia a la práctica de la comunidad internacional, hoy son menos los Estados que refugian criminales que hace veinte o cuarenta años, mañana serán menos y en un futuro, no existirá ninguno». Cfr. SERVÍN RODRÍGUEZ, A., ob. cit., pág. 5.

²⁰⁷ Cfr. LABARDINI, R., ob. cit., pág. 383.

juzgar -en latín *aut dedere aut iudicare* [la cursiva es nuestra]- aquellas personas responsables de crímenes de guerra, crímenes de lesa Humanidad y terrorismo²⁰⁸».

De lo anterior cabe destacar, pues, que la referida regla queda ligada a la presencia del sospechoso en el espacio territorial del Estado que actúa, sin olvidar que existen -como se ha podido comprobar- excepciones que indican que, en ocasiones, la misma no opera de forma automática²⁰⁹.

Sea como fuere, el citado estudio *14 Principles pour l'exercice effectif de la compétence universelle*, así como el *Princeton Project on universal jurisdiction*, ponen de relieve que el mecanismo de extraditar o juzgar es la principal consecuencia que se deriva de la aplicación de la jurisdicción universal. Ello es así en la medida en que por medio de la misma surge la obligación de conceder la extradición de todos los sospechosos a los Estados dispuestos a ejercitar su jurisdicción, lo que supone una evocación más o menos clara del principio de universalidad²¹⁰. De todos modos, la regla *aut dedere aut iudicare* y la jurisdicción universal son figuras muy distintas, puesto que la primera requiere cierto nexo de unión -como es la presencia del sospechoso en el territorio del Estado que actúa-, mientras que la segunda no exige, en un principio, elementos de conexión con el ilícito para resultar operativa. En este sentido, REMIRO BROTONS argumenta que la presencia del acusado en el foro «no tiene que ver con el fundamento jurisdiccional sino con la evacuación del juicio y el pronunciamiento de una Sentencia en rebeldía (...)»²¹¹, por lo que no es indispensable la misma para el

²⁰⁸ Cfr. CORZO, V., y CORZO, E., *ob. cit.*, pág. 6.

²⁰⁹ No obstante, la regla *aut dedere aut iudicare* se ha visto reforzada o superada, según se mire, a través de la adopción de obligaciones estatales complementarias relativas a la realización de investigaciones pertinentes, de informar, de detener al presunto culpable, etc. Sobre estas cuestiones, SÁNCHEZ LEGIDO señala que: «(...) la inmensa mayoría de los tratados adoptados a partir de la década de los setenta que prevén el *aut dedere aut iudicare*, siguiendo casi al pie de la letra la pauta marcada por el Convenio de La Haya de 1970 sobre apoderamiento ilícito de aeronaves, incluyen la obligación de instaurar la jurisdicción, además de con base en otros títulos, para el supuesto de que el sospechoso se encuentre en el propio territorio y no se conceda la extradición a algún otro Estado con jurisdicción sobre el delito en cuestión». Cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 72.

²¹⁰ Así queda plasmado en el informe de la CDI, de 11 de junio de 2007, titulado: *Second report on the obligation to extradite or prosecute*. El párrafo 34 contiene la siguiente declaración: «it was noted that the principle of universal jurisdiction was instrumental to the full operation of the obligation to extradite or prosecute (...)». Otra muestra de la relación existente entre la regla *aut dedere aut iudicare* y el principio de universalidad es la Convención contra la Tortura de 1984, cuyos artículos 5 y 7 obligan a los Estados partes a enjuiciar actos de tortura cometidos por sospechosos que se encuentren en su territorio; en el caso de que no procedan de este modo deberán extraditarlos a un Estado que pueda y quiera juzgarlos.

²¹¹ Cfr. REMIRO BROTONS, A., *Los crímenes de Derecho Internacional y su persecución judicial, Cuadernos de Derecho Judicial*, *ob. cit.*, pág. 82. Asimismo: Vid. MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *Nuevos retos del Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 168. Vid. ORIHUELA CALATAYUD, E., "Justicia universal y derechos humanos", en: SOROETA LICERAS, J. (editor), *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Ed. Universidad del País Vasco, Vol. III, Bilbao, 2002, pág. 138.

ejercicio de la justicia universal. En otras palabras, vincular la justicia universal a la presencia del sospechoso en el marco territorial del Estado que pretende hacer uso de su jurisdicción no es una hipótesis correcta si se desea afirmar con ello que su presencia es un requisito indispensable para fundamentar la jurisdicción de sus tribunales con base a la misma. Además, el objeto de la regla anterior consiste en procurar que todos los crímenes vengan acompañados de la condena oportuna, al margen del tipo de jurisdicción que se decida utilizar para emitir la correspondiente sentencia condenatoria. Aunque ello será abordado en otro apartado, en este momento se trata de resaltar, por la confusión que pudiera surgir al respecto, que la regla *aut dedere aut iudicare* no goza de las mismas características ni rasgos que componen y articulan el referido principio de universalidad.

En todo caso, la obligación *aut dedere aut iudicare* pretende reducir los supuestos de impunidad²¹². Sin embargo, esto no siempre ha funcionado correctamente, ya que es posible que la extradición no sea solicitada y, por lo tanto, no exista obligación de juzgar. No obstante, se ha procedido a la celebración de numerosos tratados en los que las partes asumen la obligación de encontrar y perseguir al sospechoso aun cuando la extradición no sea concedida. En definitiva, se trata de «garantizar la universalidad en la represión dentro de un marco de jurisdicción no universal²¹³».

Teniendo en cuenta los problemas que pueden originarse en torno a estas cuestiones, la normativa nacional debe adaptarse lo mejor posible para otorgar el mayor grado de cumplimiento a este tipo obligaciones que lo que buscan es juzgar y sancionar delitos. A este respecto es de interés traer a colación lo expuesto por Amnistía Internacional: «los cuerpos legislativos nacionales deben garantizar que el derecho interno obliga a las autoridades competentes a ayudar a las autoridades de otros Estados en las investigaciones y procesamientos por delitos graves comprendidos en el derecho internacional siempre que tales procedimientos se ajusten al derecho y las normas internacionales y excluyan el castigo capital y otras penas crueles, inhumanas o degradantes. Tal ayuda debe incluir la identificación y localización de personas, la toma de declaraciones y la reunión de pruebas, el servicio de documentos, la detención de

²¹² JIMÉNEZ GARCÍA afirma que el fin de la impunidad se consigue, fundamentalmente, por medio del principio de cooperación. Y, según dicho autor, este principio queda materializando por medio de la máxima *aut dedere aut iudicare*. Vid. JIMÉNEZ GARCÍA, F., *ob. cit.*, pág. 79.

²¹³ Cfr. REMIRO BROTONS, A., *et. al.*, *Derecho Internacional*, *ob. cit.*, pág. 1.255.

personas y la extradición de acusados²¹⁴». Por lo tanto, esta actuación de los Estados en torno al principio de universalidad y a la regla *aut dedere aut iudicare*, implica la predisposición de los organismos nacionales a investigar y a realizar las actuaciones pertinentes para que los delitos graves sean *de facto* perseguidos.

Hay que comprender, pues, que este deber de juzgar o extraditar, que acompaña al principio de universalidad, no debe limitarse a una simple actuación de denuncia cuando todos los elementos delictivos se dan al "alcance de la mano" de un Estado. Esta obligación de juzgar o, en su caso, de conceder la extradición, implica la asunción de otro tipo de compromisos que van mucho más lejos. Se trata de una verdadera obligación de actuar que abarca innumerables cuestiones como emprender investigaciones y procesamientos sin esperar a que se presenten denuncias por parte de las víctimas o de otras personas con interés suficiente en el caso. Así pues, no sólo se está hablando de una actuación de oficio del aparato judicial de un Estado, sino que también se desprende una obligación de realizar las investigaciones oportunas para que el juicio pueda llegar a celebrarse en un momento dado. No hay duda de que esta importante misión que los Estados y sus organismos tienen encomendada debe articularse bajo la ya reiterada premisa de cooperación y coordinación internacional²¹⁵. De hecho, esta obligación de extraditar o juzgar es producto de la actuación y el esfuerzo conjunto de determinados Estados que desde hace tiempo han tratado de perseguir -no sin tesón y cierto ahínco- que las conductas más graves no queden al margen del ámbito aplicativo de la Ley; la idea esencial que se desprende de esta obligación es que constituye un tipo de cooperación interestatal que pretende dotar a la justicia universal de un funcionamiento eficaz.

En definitiva, uno de los objetivos de la regla *aut dedere aut iudicare* consiste en garantizar el espíritu y la esencia de la normativa internacional englobada

²¹⁴ *Vid. Supra*. Nota 174.

²¹⁵ En este sentido, la citada Resolución 3074 (XXVIII), de 3 de diciembre de 1973, aprobó los Principios de Cooperación Internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad en virtud de la cual se deduce el alcance de las obligaciones comentadas. Esto mismo se aprecia a través de una lectura pormenorizada de la Convención sobre el Genocidio, los Convenios de Ginebra y su Primer Protocolo Adicional, así como de la Convención contra la Tortura. Todos ellos ponen de relieve la obligación estatal de prestarse ayuda mutua para evitar que los culpables queden al margen de la aplicación de la ley y de la justicia. Los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias y la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas obligan a los Estados a cooperar, extraditando a las personas acusadas en caso de que decidan no juzgarlas. Así las cosas, los gobiernos están obligados a encomendar a ciertos órganos tareas de investigación para realizar las indagaciones oportunas cuando existan sospechas de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, de forma competente, imparcial e independiente.

fundamentalmente en el Convenio de la Haya IV de 1907 y su reglamento anexo; la Carta de los Tribunales de Núremberg y Tokio de 1945 y 1946 respectivamente; la Ley Número 10 del Consejo del Control Aliado de 1945; la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948; los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados, y sus dos Protocolos Adicionales de 1977; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984; los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias de 1989²¹⁶; la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 1992²¹⁷; el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996 y el Estatuto de Roma de la CPI de 1998.

De conformidad con lo anterior, resultan innegables los positivos efectos que acarrea la aplicación de la referida regla. De hecho, la práctica actual de los Estados consiste en la consolidación de un «principio de jurisdicción extensiva de Derecho Internacional General basado en el principio *aut dedere aut iudicare*²¹⁸». En otras palabras, la persecución penal de los delitos especialmente graves se ha venido articulando, entre otros vías²¹⁹, por medio del eficaz principio *aut dedere aut iudicare*.

3. 3. *El principio ne bis in idem y el carácter subsidiario del principio de jurisdicción universal*

Es posible que se produzca una concurrencia de jurisdicciones como consecuencia del ejercicio de distintos o iguales títulos atributivos de competencia por dos o más Estados. Ante este posible escenario, se articulan una serie de principios de prioridad, como el *ne bis in idem*, que tienen por objeto evitar la duplicidad de los procesos producto del ejercicio reiterativo, entre otros, del principio de universalidad por parte de varios Estados.

Como se ha avanzado, el ejercicio de la jurisdicción universal -en virtud del cual un Estado o varios se ven legitimados para atribuirse competencia- puede resultar un

²¹⁶ Documento disponible en la página web de la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/prevencion.htm>

²¹⁷ Documento disponible en la página web de la ONU: [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.RES.47.133.Sp?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.RES.47.133.Sp?OpenDocument)

²¹⁸ Cfr. SALINAS BURGOS, H., *ob. cit.*, pág. 131.

²¹⁹ No hay duda de que una eficiente persecución y sanción de delitos graves resulta factible -como ya se sabe a estas alturas- mediante la actuación jurisdiccional de los Estados relacionados con los hechos delictivos a través del criterio de la nacionalidad del presunto responsable o de las víctimas, así como respecto del lugar de su comisión.

tanto polémico, ya que podría derivarse una situación conflictiva, a saber: que varios Estados decidan juzgar el mismo asunto. Ello puede ocurrir con mucha facilidad en la medida en que este principio al no requerir -como ya sabemos- ningún presupuesto material específico de conexión entre el hecho delictivo y las jurisdicciones estatales, las probabilidades de que varios órganos judiciales de distintos países actúen al mismo tiempo no son tan remotas.

El aclamado principio *ne bis in idem* soluciona en gran parte este tipo de controversias, puesto que otorga prioridad a los tribunales del lugar de la comisión del delito (*locus delicti*) y, en algunos casos, a los tribunales internacionales. Si ninguno de éstos ejercitan sus funciones jurisdiccionales se podrá admitir la actividad judicial de otros órganos. Según SALINAS BURGOS, para que la actuación de estos últimos sea válida es necesario que se constate la «(...) inactividad de la jurisdicción del Estado en cuyo lugar se cometieron presuntamente los hechos y de la comunidad internacional, lo que se hará a través de los instrumentos de cooperación internacional existentes en cada momento, recabando de oficio información sobre tales extremos del Estado donde se hayan cometido presuntamente los hechos y de los organismos internacionales pertinentes²²⁰». El autor mencionado parece poner de relieve que el querellante tiene la obligación de aportar las pruebas pertinentes para dejar constancia fehaciente de la inactividad de los órganos judiciales a quienes les correspondería en un primer momento conocer y juzgar los hechos. De este modo, la inactividad de un país justifica la actuación de los tribunales de otros países conforme, por ejemplo, al comentado principio de universalidad. Debe tomarse en cuenta que la no actuación de un órgano judicial puede deberse a una falta de voluntad o a una falta de capacidad de actuación del Estado en el que acontecieron los hechos delictivos; asimismo, es posible que la propia comunidad internacional decida no actuar por las razones que estime convenientes²²¹.

Así pues, el principio *ne bis in idem* constituye una de las garantías procesales que debe necesariamente asistir a toda persona que se haya visto inmersa en un proceso judicial. Dicha garantía se erige como norma fundamental en el acervo jurídico consagrado a nivel internacional producto de la labor desarrollada por la ONU, así como

²²⁰ Cfr. SALINAS BURGOS, H., *ob. cit.*, pág. 125.

²²¹ *Ibidem*.

por un gran número de Estados -entre ellos España²²²-. No hay duda de que dicho principio opera como garantía de buen desarrollo y funcionamiento de un juicio²²³. Los artículos 17 y siguientes del Estatuto de la CPI, en relación con el décimo párrafo de su preámbulo y con su artículo primero, regulan esta misma cuestión estableciendo los diversos criterios de prioridad y primacía, así como las garantías procesales necesarias que deben contemplarse para evitar en todo momento una posible duplicación de un proceso.

A tenor de lo expuesto, la excepción de cosa juzgada se encuentra indudablemente relacionada con el principio citado y opera a su vez como límite relevante a la hora de ejercer la jurisdicción universal. La oponibilidad de la cosa juzgada puede alegarse a instancia de parte o examinarse de oficio²²⁴. En todo caso, se deberá acatar la Sentencia firme dictada por el tribunal que haya juzgado el hecho delictivo en cuestión tanto en su dimensión material como formal.

²²² Nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que el principio *ne bis in idem* impide que, a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta, pues «(...) semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibles reiteración en el ejercicio del ius puniendi del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado (...)». Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1983.

²²³ Junto a dicho principio hay que tener presente la figura de la litispendencia, puesto que cumple una función similar: impedir la celebración de múltiples procesos sobre mismos hechos delictivos. Concretamente, la litispendencia trata de evitar la concurrencia de jurisdicciones con el objeto de que el presunto culpable no tenga posibilidad de elegir el foro que más le conviene.

²²⁴ La Audiencia Nacional de España se declaró, el 20 de diciembre de 2006, incompetente para juzgar a Ricardo Cavallo y señaló, en su Fundamento de Derecho Tercero, una relevante cuestión: «(...) debe examinarse si nos encontramos [...] ante un supuesto de concurrencia de jurisdicciones y, en tal caso, establecer un criterio o regla de prioridad en aras de evitar la duplicidad de procesos y la vulneración de la interdicción del principio ‘ne bis in idem’, doctrina jurisdiccional referida al artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sobre la que debe interpretarse el concepto de cosa juzgada que recoge el apartado 2 de dicho artículo 23 para los supuestos de extraterritorialidad basada en el principio de personalidad activa: esto es, en el de justicia universal existe concurrencia de jurisdicciones en el caso de litis pendencia, lo que lleva a rechazar la alegación de las acusaciones particulares a favor de la desestimación de la declinatoria planteada en razón a que el procesado Cavallo no ha sido absuelto, indultado o condenado y cumplida la pena en su totalidad por la justicia argentina, bastando por el contrario que exista una efectiva persecución por parte de la jurisdicción de aquel Estado para hablar de ‘conflicto de jurisdicción’, diferencia de límite entre los supuestos de extraterritorialidad en base al principio de personalidad activa y aquellos en los que aquella se sustenta en el interés de la comunidad internacional que responde sin duda al venir afectado el ejercicio de la soberanía estatal y en definitiva el principio de no intervención en los asuntos de otros Estados, criterios a los que debe atenderse como reguladores de un abstracto ‘absoluto’ principio de justicia universal pero que en la práctica puede tener limitaciones tal y como recuerda la ya tan referida Sentencia de 26 de septiembre de 2005 afirmando que “desde una interpretación apegada al sentido literal del precepto (artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), así como también desde la voluntad legislatoris, es obligado concluir que la Ley Orgánica del Poder Judicial instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procesabilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se confirma a partir de la peculiar naturaleza de los delitos objeto de persecución (...)».

De conformidad con lo anterior, se deduce el marcado carácter complementario de los mecanismos jurídicos sustantivos y procesales en los que se consagra el principio de jurisdicción universal. No hay duda de que la complementariedad evita posibles conflictos que podrían llegar a surgir en torno a la jurisdicción extraterritorial de los Estados. En este sentido, el artículo 1 del Estatuto de la CPI no sólo establece una jurisdicción con carácter complementario a la de los Estados, sino que crea una relación de subsidiariedad entre la justicia estatal y la CPI. Esta relación es una «permanente invitación a los jueces nacionales a ejercer jurisdicción sobre los crímenes internacionales perpetrados en su territorio, ya que de no hacerlo, o de hacerlo sin observar la supremacía del Derecho Internacional sustrayendo a un individuo de su responsabilidad, se estaría activando la jurisdicción de la CPI²²⁵».

Así pues, se extrae del contenido de los anteriores párrafos que el principio de jurisdicción universal ni es un derecho ilimitado ni carece de restricciones. Debe quedar claro que el mismo presenta un marcado carácter subsidiario, ya que cede en el supuesto de que se ejercite la jurisdicción del *locus delicti* o en el caso de que la jurisdicción de un tribunal sea consecuencia de la existencia de un auténtico vínculo de conexión con el hecho delictivo en cuestión; obviamente, estos nexos de unión carecerán de la relevancia oportuna cuando no sean determinantes, dejando abierto el camino a una atribución extraterritorial de competencia más laxa. De esta forma se obtiene un «equilibrio adecuado entre los intereses de la justicia y de la soberanía de los Estados, impidiendo el ejercicio de una jurisdicción de carácter abusiva, violatoria del Derecho Internacional, en particular, del principio de la soberanía de los Estados y una indirecta violación del derecho de las personas de ser tratadas de conformidad con el Derecho Internacional²²⁶».

No hay que olvidar, pues, que cuando el *iudex loci delicti* conoce de un asunto, su actuación prima sobre cualquier otra -éste goza de una situación de preferencia con respecto a cualquier otro tipo de jurisdicción-. Esta cuestión se ve clara en el artículo 6 del Convenio contra el genocidio, puesto que impone «la subsidiariedad de la actuación de jurisdicciones distintas a las que el precepto contempla, de forma que de un Estado debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos, constitutivos de genocidio, que

²²⁵ Cfr. COLLANTES, J. L., "El impacto del Estatuto de Roma en la jurisdicción sobre crímenes internacionales", RECPC, nº 4-7, 2002, pág. 2. Documento disponible en:

http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_04-07.html

²²⁶ Cfr. SALINAS BURGOS, H., *ob. cit.*, pág. 127.

estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en que ocurrieron o por un tribunal penal internacional²²⁷». Por lo tanto, la jurisdicción universal queda condicionada fundamentalmente por la inactividad de los órganos judiciales competentes del lugar en el que los delitos especialmente graves han ocurrido²²⁸.

3. 4. *¿Existencia de una jurisdicción universal pura o in absentia?*

En el marco aplicativo del principio de universalidad existe cierta controversia en torno a la idea de si el sospechoso debe encontrarse necesariamente en el territorio del Estado que actúa para ser juzgado o si, por el contrario, esta circunstancia no es de obligado cumplimiento para aquel que desea intervenir en un asunto de naturaleza grave. Aunque la normativa internacional no prohíbe la posibilidad de que un proceso comience sin la presencia del presunto culpable, algunos consideran que esta cuestión constituye un requisito indispensable desde el mismo comienzo del juicio²²⁹. En todo caso, son los Estados los que deben fijar las condiciones para el ejercicio de la referida jurisdicción, sabiendo que el Derecho Internacional no se muestra ni mucho menos tajante a la hora de determinar la presencia del culpable como requisito *sine qua non* para ejercitarla.

A raíz de lo anterior, es evidente que toda esta confusión queda reflejada en el contenido de las legislaciones nacionales. Un ejemplo de ello fue la Ley belga de 10 de febrero de 1999 que no sólo reformó la antigua Ley de 16 de junio de 1993, sino que

²²⁷ Fundamento de Derecho Segundo del Auto de 5 de noviembre de 1998 de la Audiencia Nacional. *Vid. Infra*. Capítulo cuarto.

²²⁸ Adviértase que esta inactividad puede tener lugar, entre otros motivos, por las presiones a las que se ven sometidos «(...) los poderes gubernamentales o fácticos, [a la existencia de] un clima de acoso o temor que impide el desempeño de las funciones judiciales con la serenidad y la imparcialidad necesarias [y a una posible regulación de] blindaje para los imputados». Cfr. REMIRO BROTONS, A., *Los crímenes de Derecho Internacional y su persecución judicial*, Cuadernos de Derecho Judicial, ob. cit., pág. 86.

²²⁹ SÁNCHEZ LEGIDO afirma que suelen ser tres los argumentos que exigen la presencia del sospechoso en el territorio: a) el origen del principio de justicia universal, b) el contenido de la mayoría de los convenios y c) lo establecido en las legislaciones nacionales. El referido autor considera, en relación con el primer argumento, que el origen del principio de universalidad plasmado en los primeros documentos -como el estudio que se realizó en Harvard a comienzos de 1930 o la Conferencia para la Unificación del Derecho Penal de 1927- cuentan con un valor relativo pues no sólo se encuentran desfasados, sino que consideran la piratería como el supuesto esencial en el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial de los Estados. Asimismo, respecto del segundo argumento, SÁNCHEZ LEGIDO pone de manifiesto que los que lo invocan parecen desconocer la distinción entre formas obligatorias y facultativas de jurisdicción universal; considera, además, que en los convenios -salvo el Proyecto de Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad aprobado en 1996 que exige obligatoriamente la presencia del acusado- se incorporan cláusulas que no excluyen otro tipo de jurisdicciones penales de conformidad con la leyes nacionales. Y en cuanto al último argumento, es cierto que en numerosos procesos -como el de *Javor*- se ha exigido la comentada condición pero ello no implica que no hayan existido leyes nacionales caracterizadas por no supeditar el ejercicio de la jurisdicción universal a la presencia del acusado en su territorio. *Vid.* SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, ob. cit., pág. 277.

abarcó los tipos penales de genocidio y de lesa humanidad, proclamando a través de su artículo séptimo la competencia de los tribunales belgas independientemente del lugar en el que hubieran acontecido los hechos delictivos y al margen de que el presunto autor de los mismos no se encontrara en territorio belga. El laxo contenido de la citada ley permitió, pues, la celebración de numerosos juicios con base en el amplio marco aplicativo de la jurisdicción universal prevista en Bélgica.

Muchos de estos juicios estuvieron acompañados de cierta discusión lo que provocó, en algunos casos, la intervención de la mismísima CIJ. Así, la Sentencia de 14 de febrero de 2002 de la referida Corte fue dictada tras la orden de detención emitida por un juez belga contra el ministro de asuntos exteriores de la República Democrática del Congo cuyo fundamento competencial fue el principio de justicia universal²³⁰. En ese caso, la CIJ declaró que Bélgica carecía de capacidad para dictar la referida orden de arresto por tratarse de una persona que, durante la comisión de los actos que se le imputaban, gozaba de inmunidad, al margen de que hubiera cometido crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad²³¹. Según JIMÉNEZ GARCÍA, la Sentencia expresó de forma indirecta que Bélgica ostentaba la competencia precisa -articulada por medio del principio de jurisdicción universal contenido en su propia legislación nacional- para conocer del asunto aunque luego la inmunidad del sospechoso le libraría de toda consecuencia penal, puesto que estableció que sólo cuando un Estado tiene jurisdicción conforme al Derecho Internacional en relación a un asunto particular debe plantearse una cuestión de inmunidad con respecto al ejercicio de esa jurisdicción²³². Otros autores, como SÁNCHEZ LEGIDO, estimaron que la admisibilidad de la jurisdicción universal *in absentia* no llegó verdaderamente a plantearse en este proceso²³³.

Sea como fuere, en el seno de la CIJ, se emitieron numerosas opiniones separadas sobre este asunto encaminadas a reforzar la tesis relativa a que la presencia del sospechoso en territorio belga constituía una condición imprescindible para ejercitar la jurisdicción universal. De hecho, el presidente de la Corte, el magistrado GUILLAUME,

²³⁰ Este asunto, mencionado de soslayo en páginas anteriores, fue objeto de numerosas críticas. *Vid. Supra*. Nota 52.

²³¹ *Ibidem*. Véase el párrafo 46 de la referida Sentencia. Asimismo, ésta expresó -entre los párrafos 47 y 55- una relevante observación relacionada con lo aquí comentado: la competencia no entraña ausencia de inmunidad, en tanto que la ausencia de inmunidad no entraña competencia.

²³² *Vid.* JIMÉNEZ GARCÍA, F., *ob. cit.*, pág. 92.

²³³ *Vid.* SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 271. Asimismo: *Vid.* BOLLO AROCENA, M. D., "Soberanía, justicia universal e inmunidad de jurisdicción en los asuntos: República Democrática del Congo c. Bélgica y República del Congo c. Francia", *REDI*, Vol. 56, nº1, 2001, pág. 104.

determinó que el objetivo primordial del Derecho Penal radicaba en permitir el castigo de delitos cometidos en el territorio nacional. Añadió que en algunos supuestos sí era posible conocer y juzgar delitos acontecidos en el extranjero -como es el caso de la piratería y la situación de competencia universal subsidiaria cuando el autor del delito está presente en su territorio- pero afirmó que estos supuestos son limitados, ya que la regla general es la apreciación de nexos de unión que legitimen la actuación de un Estado sobre un hecho delictivo grave. En términos generales, el presidente de la Corte rechazó abiertamente la competencia universal *in absentia*²³⁴.

Tras esta Sentencia, la Sala de Acusación belga, examinando el caso del ex ministro de asuntos exteriores del Congo, decidió -el 16 de abril de 2002- que el juez de instrucción no tenía competencia para continuar investigando al acusado, ni tenía capacidad para dictar una nueva orden de detención por considerar que «una [*sic*] examen de la historia legislativa de la ley de 1993, tal como se había reformado al promulgar la ley de 1999, demostraba (...) que el Parlamento pretendía que los tribunales belgas sólo pudieran iniciar una investigación criminal por conductas mantenidas en el extranjero si el inculcado se hallaba presente en Bélgica²³⁵».

Asimismo, otro asunto en el que se tuvo que discernir acerca de la existencia o no de la jurisdicción universal *in absentia* fue aquel que versó sobre las matanzas de Sabra y Chatila en 1982. Los supervivientes acusaron a Ariel Sharon, entonces ministro de defensa de Israel y, posteriormente, primer ministro, así como a Amos Yaron, general al mando de las fuerzas israelíes, y a otros miembros del ejército de Israel y de la milicia cristiana falangista libanesa, de la comisión de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. La defensa de Ariel Sharon alegó que éste gozaba de inmunidad procesal, que su enjuiciamiento era contrario al principio *ne bis in idem*, que la legislación belga violaba el principio de irretroactividad de las leyes penales²³⁶ y que

²³⁴ Vid. *Supra*. Nota 52.

²³⁵ Amnistía Internacional expone sus ideas en mayo de 2002 en un documento titulado: *Jurisdicción Universal: Los tribunales belgas tienen competencia para investigar en el caso Sharon los homicidios cometidos en Sabra y Chatila en 1982*. Documento disponible en la página web de Amnistía Internacional: <http://www.amnesty.org/en/library/asset/IOR53/001/2002/en/8547c55a-d841-11dd-9df8-936c90684588/ior530012002es.pdf>

²³⁶ Respecto de la no retroactividad de las leyes penales, conviene hacer una puntualización: cuando la normativa interna de un Estado no ha previsto la tipificación expresa de un delito grave, ello no constituye -según nuestra opinión- un obstáculo para admitir la competencia de sus tribunales. Cuando se está ante crueles delitos cuyo reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico internacional no da lugar a dudas por encontrarse plenamente reconocido y sancionado, los tribunales internos deberían atender a la fecha concreta de su reconocimiento y consolidación por parte de la normativa internacional para determinar si efectivamente es posible la persecución de los hechos delictivos graves en el ámbito

no existía nexo de unión entre el inculpado y Bélgica. Desafortunadamente, el Tribunal de Apelación de Bruselas declaró inadmisibile la denuncia contra Ariel Sharon y los demás sujetos mencionados, ya que concluyó que cualquier investigación en Bélgica sobre crímenes de guerra, contra la humanidad o genocidio sólo podía tener lugar si el sospechoso se encontraba *de facto* en el país que pretendía juzgarle. Ello generó una gran consternación y supuso un duro golpe para los que defendieron con vehemencia la aplicación de la jurisdicción universal, independientemente del lugar en el que se pudiera encontrar el presunto culpable.

Sin embargo, la Corte de Casación de Bélgica, el 12 de febrero de 2003, aceptó la jurisdicción belga, rechazando tanto la resolución del Tribunal de Apelación que había declarado inadmisibile la acción penal contra Ariel Sharon, como la decisión emitida por la Sala de Acusación sobre el asunto del Congo; advirtiendo, además, la presencia de la jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico belga: «(...) el párrafo 1 del Artículo 7 del estatuto ya mencionado de 16 de junio de 1993 declara que los tribunales de Bélgica disfrutan de la jurisdicción precisa para procesar estos crímenes, independientemente de donde fueron cometidos (...)»²³⁷.

Como no podía ser de otro modo, la Sentencia de la Corte de Casación belga tuvo una amplia repercusión y se erigió -aunque fuera durante un corto espacio de tiempo- como un relevante punto de inflexión en la configuración de la jurisdicción universal. En definitiva, la importancia de aquélla radicó en el hecho de que a partir de entonces se admitía la jurisdicción belga en asuntos en los que ni siquiera el presunto culpable se hallara presente durante el desarrollo del proceso penal seguido contra su persona. Por medio de esta Sentencia, ya no sólo se habilitó a los jueces y a los fiscales a comenzar la instrucción, abrir una investigación y «dictar un acta de acusación formal y solicitar la extradición de aquellas personas sospechosas de haber cometido delitos en

interno. Así lo entiende REMIRO BROTONS cuando afirma que «(...) no hay razón alguna para hacer a los criminales beneficiarios de la morosidad de los legisladores estatales una vez que los tipos ya establecidos en el orden internacional son recibidos [...] por los ordenamientos internos». *Cfr.* REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet: los límites de...*, *ob. cit.*, pág. 60.

²³⁷ «(...) l'article 7, alinéa 1, de ladite loi du 16 juin 1993 porte que les juridictions belges sont compétentes pour connaître de ces crimes, indépendamment du lieu où ils auront été commis (...)». Documento disponible en la página web de la Corte de Casación belga:

http://www.ulb.ac.be/droit/cdi/Site/Developpements_judiciaires_files/Cass12fevrier2003.pdf

Asimismo, la Corte de Casación puso de relieve otra relevante cuestión: «Qu'étrangers au contenu du chapitre II du titre préliminaire du Code de procédure pénale, les crimes de droit international visés par la loi du 16 juin 1993, modifiée par celle du 10 février 1999, ne constituent pas des infractions pour la poursuite desquelles la loi requiert, lorsqu'elles ont été commises en dehors du territoire, que l'inculpé ait été trouvé en Belgique».

otros países sin vinculación con el Estados del foro; realizando, en suma, *in absentia* todos los actos correspondientes a la fase preliminar de un procedimiento penal previo al juicio, es decir al periodo de instrucción de la causa²³⁸», sino que se les permitió el desarrollo de todo un juicio procesal penal sin la presencia del acusado.

Como se ha dicho en sucesivas ocasiones, esta decisión contiene efectos muy positivos acerca de la consolidación del principio de universalidad *in absentia*. De todos modos, no hay que olvidar, como se advirtió anteriormente, que la presencia o no presencia del culpable no tiene por qué menoscabar el fundamento de la jurisdicción universal. A nuestro entender, ello influye, únicamente, en el desarrollo del juicio y en el pronunciamiento de una sentencia en rebeldía; por lo tanto, estas cuestiones no afectan directamente a la esencia de la jurisdicción universal²³⁹.

En cualquier caso, en el asunto *Sharon* recibió más importancia la consideración acerca de la prevalencia de la inmunidad de los representantes estatales en ejercicio que cualquier otra cuestión. Así lo entendió SÁNCHEZ LEGIDO al afirmar que en dicho asunto se produjo la «subsistencia de la inmunidad de los representantes estatales en ejercicio y no, paradójicamente, el rotundo reconocimiento por el citado órgano [*Cour de Cassation* belga] de la jurisdicción universal absoluta contemplada en la legislación belga²⁴⁰».

En España, el artículo 23.4 de la LOPJ -encargado de regular la competencia extraterritorial de nuestros tribunales ante la comisión de graves delitos- no establecía - hasta la reforma de 2009- que el ejercicio de la jurisdicción universal dependiese de la presencia del sospechoso en territorio español. Por el contrario, nuestro ordenamiento jurídico fue lo suficientemente laxo -aunque no tanto como el belga- para contemplar la

²³⁸ Cfr. PUEYO LOSA, J., *ob. cit.*, pág. 30.

²³⁹ Las legislaciones nacionales que establecen el requisito indispensable de la presencia del culpable en el Estado del foro puede generar efectos un tanto perversos. Un ejemplo recurrente es el sistema judicial de Estados Unidos. Dicho sistema, al proclamar la necesaria comparecencia del acusado en el desarrollo de todo proceso, ha supuesto -en más de una ocasión- una extralimitación de las funciones de sus policías o, incluso, de sus fuerzas armadas trasladando «coactivamente a ciudadanos extranjeros a territorio de Estados Unidos para presentarlos a jueces que han seguido la máxima *male captus, bene detentus* (...)», con el objeto de ser consecuentes con la regla que predica la necesaria presencia del autor de los hechos en su ámbito territorial. Cfr. REMIRO BROTONS, A., *Los crímenes de Derecho Internacional y su persecución judicial*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, *ob. cit.*, pág. 82. El asunto *Sydney Jaffe* es una buena prueba de lo anterior en la medida en que el mencionado sujeto fue buscado por la policía estadounidense y detenido por dos personas -que querían cobrar una recompensa que ascendía a 137.500 dólares norteamericanos- cuando salía a correr por las calles de Toronto en septiembre de 1981. *Vid.* SEAMAN, P. J., "International Bounty Hunting: A Question of State Responsibility", *CWILJ*, 1985, pág. 397.

²⁴⁰ Cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 287.

posibilidad de ejercitar la jurisdicción universal aún cuando no se produjera la presencia del presunto culpable durante la fase instructora. Sin embargo, ésta sí debía producirse en momentos procesales posteriores en tanto que los juicios en rebeldía no son plausibles en el ordenamiento jurídico español²⁴¹.

De todas maneras, han existido sobre este tema diversos pronunciamientos emitidos por órganos judiciales españoles que se han decantado por posiciones diversas. La Audiencia Nacional en su Auto de 5 de noviembre de 1998²⁴² relativo al asunto *Pinochet Ugarte* -cuyos hechos serán posteriormente concretados- consideró que el principio de jurisdicción universal *in absentia* «se encontraba, no sólo acogido por nuestra legislación interna, sino también aceptado por el Derecho Internacional²⁴³». Este mismo criterio se repitió en el asunto *Guatemala* en la medida en que la Audiencia Nacional -en el Auto de 13 de diciembre de 2000²⁴⁴- entendió que la inadmisión a trámite del referido asunto no se debía a la falta de presencia de los culpables en el territorio español; sino a la falta de inactividad de las autoridades guatemaltecas²⁴⁵. No obstante, en el último asunto señalado, el Tribunal Supremo -por medio de su Sentencia de 25 de febrero de 2003- acabó por restringir el ámbito de aplicabilidad del principio de jurisdicción universal al exigir la presencia del sospechoso en territorio español²⁴⁶. Determinó que era únicamente operativo el artículo 23.4 de la LOPJ en el caso de que las víctimas fueran de nacionalidad española, deduciéndose de este precepto un principio de personalidad pasiva que no había sido constatado hasta la fecha. SÁNCHEZ LEGIDO opina que la doctrina por aquel entonces del Tribunal Supremo restringió en exceso el ámbito aplicativo de la jurisdicción universal en España, ya que la aceptaba solamente para aquellos casos en los que el sospechoso se encontrara en territorio español o en el caso de que existieran víctimas españolas²⁴⁷.

De todos modos, el Tribunal Constitucional dictó Sentencia el 26 de septiembre de 2005 sobre el comentado asunto y consideró que tanto el Auto de la Audiencia

²⁴¹ Vid. PUEYO LOSA J., *ob. cit.*, pág. 29.

²⁴² Vid. *Infra*. Capítulo cuarto. Documento disponible en:
[http://www.fundacionpdh.org/jurisprudencia/1998-11-05-AN-\(Pinochet\)-Auto-Competencia-Spain-Genocidio-Chile.htm](http://www.fundacionpdh.org/jurisprudencia/1998-11-05-AN-(Pinochet)-Auto-Competencia-Spain-Genocidio-Chile.htm)

²⁴³ Cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 282.

²⁴⁴ Vid. *Infra*. Capítulo cuarto. Documento disponible en:
<http://www.derechos.org/nizkor/guatemala/doc/autoan.html>

²⁴⁵ *Ibidem*.

²⁴⁶ Vid. *Infra*. Capítulo cuarto. Documento disponible en:
[http://www.fundacionpdh.org/jurisprudencia/2003-02-25-STS-\(Guatemala\)-\(Competencia\)-Sentencia-falta-competencia-\(Anulada\).htm](http://www.fundacionpdh.org/jurisprudencia/2003-02-25-STS-(Guatemala)-(Competencia)-Sentencia-falta-competencia-(Anulada).htm)

²⁴⁷ Vid. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 288.

Nacional, como la Sentencia del Tribunal Supremo vulneraban el artículo 24 de la Constitución Española en virtud del cual se propugna el derecho a la tutela judicial efectiva²⁴⁸. Consideró que la persecución transfronteriza de delitos de extrema gravedad constituía la esencia del principio de justicia universal y determinó que era necesario despojarse de ciertos condicionamientos como: la nacionalidad de las víctimas y el emplazamiento del culpable. Ello, en nuestra opinión, enlaza a la perfección con el objetivo del reiterado principio que se basa en la idea de que los Estados se comprometen de forma efectiva a perseguir delitos graves con la intención de no dejar resquicio o espacio alguno a la impunidad.

No cabe duda de que el Tribunal Constitucional otorgó en aquel momento un fuerte impulso al principio de universalidad. Según dicho Tribunal, el legislador español había atribuido capacidad a los órganos judiciales para conocer y juzgar -a través del viejo artículo 23.4 de la LOPJ- delitos en correspondencia tanto con su gravedad, como con su proyección internacional y, de esta forma, argumentó que: «el fundamento último de esta norma atributiva de competencia radica en la universalización de la competencia jurisdiccional de los Estados y sus órganos para el conocimiento de ciertos hechos sobre cuya persecución y enjuiciamiento tienen interés todos los Estados²⁴⁹». De la lectura de dicha Sentencia se extrajo la conclusión de que el principio de universalidad se formulaba en términos absolutos, es decir: no se encontraba subordinado a otros títulos jurisdiccionales ni a otro tipo de condicionamientos que no estuvieran relacionados con la estricta gravedad del ilícito perpetrado.

Sea como fuere, a pesar de los dos reseñables ejemplos anteriores, hay que puntualizar que tanto la ley belga de 1999 como la LOPJ española, han sufrido importantes cambios que han venido a "reconducir" de algún modo la interpretación del principio de universalidad y, por ende, su ámbito aplicativo en el caso de que el presunto culpable no se encuentre en el territorio del Estado que pretende poner fin a graves conductas.

²⁴⁸ *Vid. Infra*. Capítulo cuarto. Documento disponible en: [http://www.fundacionpdh.org/jurisprudencia/2005-09-26-STC-\(Guatemala\)-\(Competencia\)-Sentencia-competencia.htm](http://www.fundacionpdh.org/jurisprudencia/2005-09-26-STC-(Guatemala)-(Competencia)-Sentencia-competencia.htm)

²⁴⁹ *Ibidem*. Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2009. A este respecto, en el mismo Fundamento, la Sentencia citada añadió lo siguiente: «la LOPJ instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución».

Así, en abril de 2003, la Ley belga fue objeto de una reforma que condicionaba y restringía en gran medida el ámbito de la jurisdicción universal. Por medio de la misma se acabó por reconocer expresamente «las inmunidades de jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores extranjeros durante el ejercicio de su cargo, estableciendo "filtros" que limitaban la posibilidad de entablar directamente demandas sin ninguna conexión con Bélgica, impidiendo los juicios *in absentia* y también autorizando al gobierno para remitir ciertos casos a otros países, estableciéndose, de esta manera, el principio de subsidiariedad en la aplicación de la jurisdicción universal²⁵⁰».

Este cambio legislativo provocó que muchos autores se pronunciaran sobre este asunto y afirmaran, como lo hizo LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, que la reforma belga aprobada en abril de 2003 era «una modificación sustancial [que restringía] en gran cuantía el ejercicio de la jurisdicción universal²⁵¹». Efectivamente ello es así, ya que a partir de entonces el ejercicio de la jurisdicción universal *in absentia* comenzó a depender del filtro de la requisitoria cuyo ejercicio se atribuyó al fiscal federal²⁵². Algunos autores consideraron que la actuación de este fiscal se tradujo en una falta de confianza hacia los jueces belgas²⁵³. Es cierto que podría pensarse que en Bélgica se desconfiaba del criterio de sus magistrados, puesto que, en definitiva, se encomendó a un fiscal la tarea de expresar su visto bueno sobre este tipo de procesos de los que parece deducirse un tratamiento especial y a cuyo alcance parecen no estar capacitados.

Resulta interesante destacar que a pesar de la modificación belga de abril de 2003 -fundamentalmente debida a la presión ejercida por ciertos Estados celosos de su soberanía y alertados ante la posibilidad de que sus nacionales fueran juzgados-

²⁵⁰ Cfr. SALINAS BURGOS, H., *ob. cit.*, pág. 119.

²⁵¹ Cfr. LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, M.E., "Comentarios a la ley belga de jurisdicción universal para el castigo de las violaciones graves del Derecho Internacional humanitario reformada el 23 de abril de 2003", REDI, Vol. 55, n° 2, 2003, pág. 841. A este respecto, la autora añade que el cambio legal supone el paso «de una formulación abierta y omnicomprensiva a otra de carácter negativa o de una competencia universal por defecto». Cfr. LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, M.E., *ob. cit.*, pág. 841.

²⁵² El artículo 7.1 de la Ley belga de 2003 establece literalmente lo siguiente: «§ 1er. Sous réserve d'un dessaisissement prononcé dans un des cas prévus aux paragraphes suivants, les juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions prévues à la présente loi, indépendamment du lieu où celles-ci auront été commises et même si elles ne se trouvent pas en Belgique. L'action publique ne pourra toutefois être engagée que sur réquisition du procureur fédéral lorsque: 1) l'infraction n'a pas été commise sur le territoire du Royaume; 2) l'auteur présumé n'est pas belge; 3) l'auteur présumé ne se trouve pas sur le territoire du Royaume; et 4) la victime n'est pas belge ou ne réside pas en Belgique depuis au moins trois ans». De esta forma, sólo se advertirá la competencia de los jueces belgas sobre hechos delictivos graves cuando se aprecie algún vínculo de conexión como: la territorialidad, la nacionalidad o la residencia de la víctima.

²⁵³ Vid. REMIRO BROTONS, A., *et. al.*, *Derecho Internacional*, *ob. cit.*, pág. 1.261.

Estados Unidos protestó abiertamente el 23 de junio de ese mismo año con la finalidad de anular aún más el contenido de la misma, pretendiendo evitar así el procesamiento de militares o altos cargos del gobierno estadounidense en Bélgica²⁵⁴. En este sentido, el antiguo secretario de defensa norteamericano, Donald Rumsfeld, declaró que la controvertida ley de jurisdicción belga suponía una plataforma clave para aceptar y juzgar querellas contra miembros de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) y ello, a su parecer, constituía una situación inaceptable. Estados Unidos declaró, en tono de amenaza, la conveniencia de trasladar el Cuartel General de la OTAN fuera de Bruselas en el caso en el que no se produjera la modificación de la referida Ley en los términos en los que la administración norteamericana deseaba.

De todo lo anterior, cabe plantearse -como de hecho hacen algunos autores²⁵⁵- qué hubiera sucedido con la normativa belga si su aparato judicial se hubiera centrado en despachar procesos de escasa importancia. Quizá, aunque sólo se trate de una hipótesis, las presiones norteamericanas no hubieran sido las mismas si en el punto de mira no hubieran estado personajes de tan "alta talla" política como Ariel Sharon.

En el mismo sentido que Bélgica, España ha llevado a cabo una actuación parecida que ha implicado una restricción del principio de universalidad contenido tradicionalmente en la LOPJ. Las modificaciones han sido varias ya que, por un lado, apareció la Ley Orgánica 18/2003 de 10 de diciembre de cooperación con la CPI²⁵⁶, cuyo artículo 7 impide a los jueces y fiscales actuar de oficio. Asimismo, dicho precepto señala que en el caso de que tengan lugar delitos graves no cometidos por españoles y en el extranjero -cuyo ámbito competencial corresponda a la Corte-, los órganos judiciales españoles se abstendrán de conocer los mismos debiendo informar a los denunciantes acerca de la posibilidad de acudir al fiscal de la Corte si así lo consideran conveniente²⁵⁷. La disposición traída a colación constituye una muestra clara de la

²⁵⁴ Vid. LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, M.E., *ob. cit.*, pág. 848. Asimismo: Vid. ORIHUELA CALATAYUD, E., "Jurisdicción universal e inmigración: Derecho Internacional y derecho español", en: BADÍA MARTÍ, A., PIGRAU SOLÉ, A., Y OLESTI RAYO, A. (coordinadores), *El Derecho internacional ante los retos de nuestro tiempo*, Ed. Marcial Pons, Vol. I, Madrid, 2009, pág. 466.

²⁵⁵ Vid. REMIRO BROTONS, A., *et. al.*, *Derecho Internacional*, *ob. cit.*, pág. 1.262.

²⁵⁶ Documento disponible en la página web del Boletín Oficial del Estado:

http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-2003-22715

²⁵⁷ El párrafo segundo del artículo 7 establece literalmente la siguiente cuestión: «Cuando se presentare una denuncia o querella ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud en un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación,

debilitación de las funciones encomendadas en su día al sistema judicial español respecto de crímenes que corresponden, actualmente, al marco de actuación de la CPI. Es obvio que la competencia de los jueces y fiscales españoles se ve mermada con la aparición de esta nueva ley. De todos modos, cabe admitir una denuncia o querrela en el seno de los órganos judiciales españoles sobre hechos excluidos de su ámbito competencial cuando el fiscal de la Corte no acuerde la apertura de su investigación o la Corte determine la inadmisibilidad del asunto²⁵⁸.

Y, por otro lado, se ha producido en España, como se ha adelantado, otro cambio legislativo que ha perfilado, en términos negativos, el principio de universalidad. Esta modificación que recae sobre el célebre artículo 23.4 de la LOPJ tiene lugar con ocasión de la implantación de la nueva Ley de Oficina judicial que entró en vigor el 5 de noviembre de 2009²⁵⁹. Fue en mayo de 2009 cuando el Congreso de los Diputados impulsaba la aprobación de una reforma legal que en palabras de GARCÉS suponía una reforma encaminada «a trabar [...] la investigación de delitos internacionales cometidos fuera de España²⁶⁰».

Aunque de ello se hablará más adelante, es necesario plasmar aquí la importancia de esta nueva ley, puesto que ha venido a limitar o, más bien, a descartar la posibilidad de que jueces españoles puedan conocer y juzgar ilícitos graves acaecidos en el extranjero cuando no presenten una conexión relevante con España. No hay duda de que la modificación del artículo 23.4 de la LOPJ implica que, a partir de ahora, los jueces españoles sólo podrán perseguir, fundamentalmente, los crímenes cometidos en el exterior cuando sean nacionales españoles las personas implicadas en el proceso en cuestión o en el caso de que los responsables se encuentren en España.

De este modo, a pesar de contundentes sentencias españolas que se han mostrado favorables en reconocer una jurisdicción universal *in absentia*, la aparición de esta nueva Ley ha sido un duro revés al exigir ciertas condiciones para su ejercicio. Así lo afirmó el portavoz de Esquerra Republicana de Catalunya, Joan Ridaó, cuando declaró que dicha modificación suponía la pérdida de una conquista obtenida desde hacía

sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio».

²⁵⁸ Ello corresponde al párrafo tercero del citado artículo 7.

²⁵⁹ *Vid. Infra*. Capítulo quinto.

²⁶⁰ *Cfr.* GARCÉS, J., "De impunidad y lealtades", *El País*, 6 de octubre de 2009. Documento disponible en: http://www.elpais.com/articulo/opinion/impunidad/lealtades/elpepiopi/20091006elpepiopi_4/Tes/

tiempo -en la persecución de delitos internacionales- con la consagración de la LOPJ de 1985²⁶¹. En definitiva, lo que hace la nueva LOPJ es limitar a los jueces españoles en su capacidad para perseguir delitos graves, constriñéndola a que exista, entre otras circunstancias, una prueba fehaciente que acredite que el presunto autor de los hechos se encuentra en territorio español²⁶².

De conformidad con lo anterior, es evidente que la vieja regulación belga y española recogían un principio de universalidad prácticamente sin condiciones y lo suficientemente flexible como para resultar operativo en multitud de ocasiones. El hecho de que recientes modificaciones legislativas hayan mermado su contenido hasta el punto de exigir requerimientos adicionales -como la presencia del presunto culpable del delito para iniciar la apertura de un juicio- resulta representativo de la situación actual de "rechazo" que está viviendo. Todo indica que existe una voluntad de "reconducir" la aplicación de la justicia universal a una situación en la que no haya cabida para el debate de la jurisdicción universal *in absentia*, al tratar de convertir la presencia del sospechoso en un elemento intrínseco de la misma. No obstante, que las legislaciones estatales hayan optado por incluir en sus disposiciones el elemento de la presencia del culpable en su territorio como condición para ejercer el principio de justicia universal no es más que una idea equivocada que tienen algunos Estados -deliberada o no- en torno a su concepto y ámbito aplicativo, puesto que su verdadero fundamento no depende de dicho requisito, sino de la gravedad de la conducta delictiva perpetrada²⁶³.

²⁶¹ Vid. Documento titulado: "El Congreso restringe la aplicación de la justicia universal", *Revista de Prensa Nacional*, 26 de junio de 2009. Documento disponible en:

<http://www.la-moncloa.es/NR/rdonlyres/6DF68BEA-4254-49B9-BA66-963C882434EC/96858/boln20090626.pdf>

²⁶² Asimismo, la nueva LOPJ indica que los órganos judiciales españoles podrán ser competentes cuando existan víctimas de nacionalidad española o cuando se puedan apreciar vínculos de conexión relevante con España.

²⁶³ Teniendo clara la esencia de la justicia universal y la relativa importancia de la presencia del sospechoso en el territorio del Estado que actúa, habrá que analizar si el ordenamiento jurídico doméstico en cuestión prohíbe dictar sentencias en rebeldía. En caso de ser así, el juez que pretenda aplicar el principio de justicia universal deberá ponderar con base en dicho principio si el ejercicio de su jurisdicción resultará imposible ante la «(...) improbable la presencia del acusado y, por ello, la igualmente alta probabilidad de acabar archivando los autos». Cfr. REMIRO BROTONS, A., *Los crímenes de Derecho Internacional y su persecución judicial*, Cuadernos de Derecho Judicial, ob. cit., pág. 82.

IV. Breves apuntes acerca del principio de jurisdicción universal como elemento fundamental de justicia

Como ya se sabe, la función desempeñada por los tribunales penales nacionales en la persecución de delitos graves es esencial. Tradicionalmente, éstos se han caracterizado por ostentar competencia sobre hechos delictivos cometidos en su propio territorio. Con el tiempo, su actuación ha evolucionado mediante la aplicación de principios distintos al de territorialidad. De esta forma, diversos títulos habilitadores de competencia han permitido a los Estados no sólo enjuiciar y condenar delitos cometidos en el extranjero por sus nacionales o contra ellos, sino que les ha otorgado la posibilidad de conocer y juzgar hechos que, de una manera u otra, han supuesto una grave amenaza para su propio interés nacional. Se extrae, pues, la conclusión de que los tribunales estatales parecen actuar siempre que exista un vínculo de unión con el hecho delictivo que pretenden juzgar.

No obstante lo anterior, es posible defender -como ya se ha hecho a lo largo del presente trabajo- la actuación de los tribunales de un país cuando, a pesar de que no existan dichos lazos de unión, se advierta -de conformidad con el Derecho Internacional- que la gravedad de las conductas afecta a la totalidad de la comunidad internacional. En estos casos cabe utilizar el comentado principio de jurisdicción universal en la medida en que legitima a los Estados a enjuiciar una serie de hechos que no presentan ningún elemento de conexión particular con ellos. En otras palabras, este principio facilita la actuación jurisdiccional de los tribunales domésticos en el momento en el que los ilícitos afectan a los intereses de la comunidad internacional.

Tras la celebración de los Convenios de Ginebra, algunos países vieron en el citado principio una vía eficaz para proteger y defender los derechos humanos. No obstante, tuvieron que pasar más de cuatro décadas para que ello fuera una realidad²⁶⁴. El asunto *Refik Saric* fue uno de los primeros casos en los que se invocó directamente²⁶⁵. En esos años se inició una etapa en la que los Estados elaboraron

²⁶⁴ SÁNCHEZ LEGIDO considera que no sería hasta el final de la Guerra Fría el momento en el que se produciría la efectiva aplicación del principio de universalidad. *Vid.* SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 115.

²⁶⁵ Los jueces daneses condenaron a Refik Saric, en noviembre de 1994, a ocho años de prisión por haber sido guardia del campo de prisioneros croata de *Dretelj*. La pena fue confirmada por el Alto Tribunal danés el 15 de agosto de 1995. Información disponible en la página web del CICR:

normas diseñadas a otorgar competencia a sus propios tribunales con el objeto de ejercer jurisdicción universal sobre los delitos más graves comprendidos en el Derecho Internacional. En España, el asunto *Pinochet* -que será minuciosamente explicado más adelante- fue todo un hito, ya que potenció su efectividad, a pesar de que nuestra actuación judicial no se materializó en una sentencia condenatoria para el presunto autor de los hechos delictivos.

Aparte de la valiosa actuación de los tribunales nacionales, los tribunales penales internacionales cumplen una función vital en la persecución de los crímenes más graves. Los mismos tratan de luchar contra la impunidad de los presuntos autores acusados de cometer delitos atroces. En muchas ocasiones, los órganos judiciales de un país se muestran claramente incapaces de enjuiciar tales delitos. De todos modos, sea cual sea la razón de su inactividad, el papel de aquéllos cobra, en esas circunstancias, especial relevancia. Así, el preámbulo del Estatuto de Roma señala que los crímenes más graves, al constituir una seria amenaza para la paz y la seguridad de la humanidad, «no pueden quedar sin castigo y [...] a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de justicia²⁶⁶». El citado instrumento normativo especifica que, bajo el principio de complementariedad que rigen las actuaciones de la CPI²⁶⁷, ésta tendrá la facultad de ejercer jurisdicción respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional. Obviamente, los juicios ventilados ante la referida Corte son de gran ayuda, ya que los Estados no siempre tienen la voluntad de investigar violaciones graves de derechos humanos; y, además, porque se mantiene al margen, en teoría, de los intereses estatales. Todo ello convierte a la CPI en una pieza fundamental en el marco de la persecución de los delitos graves. Sin embargo, producto del mencionado principio de complementariedad, se deduce el papel secundario de la Corte, lo que nos lleva a determinar la importancia del marco nacional sobre el supranacional. De hecho, las actuaciones de los múltiples tribunales penales internacionales -como el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)- si bien muestran la efectividad del Derecho

<http://www.icrc.org/IHL-NAT.NSF/46707c419d6bdfa24125673e00508145/9d9d5f3c500edb73c1256b51003bbf44!OpenDocument>

²⁶⁶ Párrafo cuarto del Preámbulo del Estatuto de Roma.

²⁶⁷ El párrafo décimo del Preámbulo del Estatuto de Roma dispone lo siguiente: «Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales».

Internacional Penal, no niegan la afirmación anterior relativa a que la mayor parte del sistema penal internacional "descansa" sobre el ámbito doméstico. Así lo creen algunos cuando manifiestan que el objetivo del sistema penal internacional: «(...) no es la gestación de un cosmos supranacional que supla o desplace las instituciones nacionales de procuración y administración de justicia, sino todo lo contrario, lo que busca es coadyuvar con los Estados para evitar que los crímenes queden impunes. Los principios del derecho internacional, que el sistema penal internacional aporta, se translucen en herramientas adicionales que los Estados poseen para combatir a la criminalidad transnacional o inclusive evitar que el mismo Estado incurra en abusos de autoridad²⁶⁸».

Teniendo en cuenta el dato relativo a que las legislaciones nacionales constituyen la columna vertebral sobre la que se articula o apoya la jurisdicción universal, existe cierta polémica en torno a la posición que ocupa dicho principio en el plano interno, ya que cada uno de los Estados que ha decidido incluirlo en su legislación nacional lo ha hecho teniendo en cuenta su propia perspectiva, tradición jurídica e histórica, etc., no existiendo uniformidad al respecto²⁶⁹. Así, los Estados de la *Commonwealth* exigen la recepción interna de los tratados o convenios celebrados - mediante la incorporación de disposiciones normativas en su legislación- para que puedan aplicarse por los jueces nacionales (modelo dualista). Por el contrario, otros Estados cercanos a teorías monistas exigen tan sólo el acto de la publicación de la propia norma convencional para que la misma tenga vigencia. Este es el caso del Estado francés que no requiere una norma interna para que le sea vinculante una norma convencional²⁷⁰.

²⁶⁸ Cfr. CORZO, V., y CORZO, E., *ob. cit.*, pág. 2. Se comparte o no este punto de vista, es fundamental que la relación entre la legislación nacional y la internacional sea coherente pues de lo contrario surgirán disputas constantes a la hora de determinar el contenido y el ámbito aplicativo del principio de universalidad.

²⁶⁹ Esta información se encuentra recogida en un informe elaborado por *Human Rights Watch* que se titula: *The Pinochet Precedent: How Victims can Pursue Human Rights Criminals Abroad* (El precedente de Pinochet: Cómo las víctimas pueden perseguir a los criminales de derechos humanos en el extranjero). El documento se encuentra disponible en la página web de *Human Rights Watch*:

<http://www.hrw.org/legacy/campaigns/chile98/precedent.htm>

«Each country's laws are different. Unfortunately, the fact that a country has ratified a treaty requiring it to prosecute alleged torturers or war criminals, or that customary international law calls for prosecution of the perpetrators of genocide or other crimes against humanity, is not always enough to ensure that the country's laws actually permit prosecution».

²⁷⁰ *Ibidem*. «In many countries, mainly from the French-inspired civil law tradition, treaties (and even customary international law in some cases) are automatically part of national law, without the need for specific legislation "implementing" the treaty. This is the case in francophone Africa and Egypt, for example. Therefore, if conventional or customary international law provides for universal jurisdiction, the courts of these states would have a sufficient basis for a prosecution».

Relacionando la cuestión anterior con el principio de universalidad, conviene aclarar que su articulación -a nivel estatal- puede sostenerse en base a lo establecido directamente por un tratado o en función de lo que determine la normativa nacional tras haber incorporado la regulación internacional. En todo caso, resulta aconsejable que una norma interna previa contemple este título atributivo competencial para reducir así las posibles incompatibilidades que puedan darse entre el Derecho Procesal Penal interno y el Derecho Procesal Penal de carácter internacional²⁷¹.

Existe, pues, una falta de homogeneidad respecto de la articulación del citado principio en el ámbito doméstico de los Estados. Y no sólo eso. Éstos, en muchas ocasiones, deciden no adoptarlo, no sólo por no contar con la experiencia precisa, sino también por las tensiones o fricciones que su aplicación genera en las relaciones exteriores con otros Estados. Así las cosas, no es de extrañar que esta falta de uniformidad doméstica haya favorecido en más de una ocasión a los presuntos sospechosos acusados de cometer graves infracciones.

Sea como fuere, a pesar de todas las dificultades y polémicas que el ejercicio del principio de justicia universal entraña, no hay duda de que «(...) ofrece la promesa de lograr una mayor justicia para las víctimas graves de los derechos humanos en todo el mundo²⁷²» -en la medida en que nace con la relevante vocación de que los presuntos culpables no se escuden en las propias fronteras o barreras nacionales ni se acojan a «la teoría del acto de estado para escapar de las manos de la justicia²⁷³»-, por lo que todos los esfuerzos que se hagan en este sentido bien merecen la pena.

²⁷¹ Vid. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, ob. cit., pág. 85.

²⁷² Cfr. ROBINSON, M., "Foreword", *Princeton project on universal jurisdiction*, sesión de la AGNU de 4 de diciembre de 2001, A/56/677, pág. 10. Documento disponible en la página web de la ONU: <http://www.un.org/documents/ga/docs/56/a56677.pdf>

«(...) holds the promise for greater justice for the victims of serious human rights violations around the world».

²⁷³ Cfr. CORZO, V., Y CORZO, E., ob. cit., pág. 2.

Capítulo tercero:

Los crímenes del Derecho Internacional como objeto material del principio de jurisdicción universal

«La jurisdicción universal es el principio de que ciertos crímenes son tan atroces y tan universalmente reconocidos y aborrecidos, que un Estado tiene derecho o incluso la obligación de emprender acciones legales sin tener en cuenta donde se cometió el delito o la nacionalidad de los autores o las víctimas. Se aplica a los delitos más graves conforme al Derecho Internacional: la esclavitud, los crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, la tortura y algunos otros»²⁷⁴»

²⁷⁴ Cfr. MACEDO, S., "Introduction", *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*, Ed. University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2006, pág. 4: «Universal jurisdiction is the principle that certain crimes are so heinous, and so universally recognized and abhorred, that a state is entitled or even obliged to undertake legal proceedings without regard to where the crime was committed or the nationality of the perpetrators or the victims. It applies to the most serious crimes under international law: slavery, war crimes, crimes against humanity, torture, and some others».

I. El principio de jurisdicción universal como paradigma de la persecución de delitos especialmente odiosos y atentatorios contra la humanidad y/o comunidad internacional

Centrándonos en los ilícitos que componen el sistema penal internacional y, concretamente, sobre los que resulta aplicable el principio de jurisdicción universal, existe una clasificación útil y esclarecedora dentro del vasto marco de delitos que ofrece el Derecho Penal que nos permite ubicar el citado principio en el ámbito de los más graves²⁷⁵.

La normativa penal cuenta con un primer grupo de delitos sobre los cuales los tribunales internos gozan de un ejercicio exclusivo en su investigación, enjuiciamiento y ejecución. En relación con el presente trabajo, éstos no son relevantes pues se trata de delitos cuya ejecución y efectos quedan enmarcados dentro de las propias fronteras nacionales. Existe un segundo grupo de delitos que siendo ilícitos transfronterizos se encuentran recogidos en convenciones o tratados internacionales. En estos casos, los Estados tienen la obligación de juzgarlos siempre que el culpable se encuentre en su ámbito territorial y si, en virtud del comentado principio *aut dedere aut iudicare*, rehusara llevar a cabo su extradición. El tercer grupo de delitos corresponde a los que perteneciendo en *stricto sensu* al ámbito del Derecho Penal Internacional gozan de un *status* diferente debido a su gravedad. Estos son: *el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión*²⁷⁶, los cuales reciben la calificación de crímenes de Derecho Internacional²⁷⁷. Es importante tener presente que esta enumeración puede verse ampliada por otros delitos como la tortura, el terrorismo, la esclavitud, el apartheid, el mercenarismo, la piratería y todos aquellos que puedan obtener la calificación de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

²⁷⁵ Vid. CORZO, V., y CORZO, E., *ob. cit.*, págs. 2 y 3.

²⁷⁶ Artículos 5, 6, 7, 8 y 8 *bis* del Estatuto de la CPI.

²⁷⁷ En este punto conviene hacer hincapié en la distinción existente entre los graves crímenes internacionales conocidos como *delicta iuris gentium* -expresión acuñada en el caso *Eichmann*- cuya comisión afecta a toda la humanidad y aquellos otros que siendo relevantes no obtienen tal calificación (estamos hablando del crimen organizado, de los delitos de narcotráfico, etc.). Como se ha indicado, estos últimos ilícitos en lugar de regirse por el principio de universalidad se rigen por la regla del *iudex apprehensionis*, es decir: el presunto culpable podrá ser juzgado si se encuentra en el espacio territorial del Estado que pretende juzgarle. Uno de los pretextos de este régimen legal previsto para esta clase de delitos redanda en la idea de que su perpetración no supone -aunque ello puede ser harto discutible- un ataque a bienes jurídicos universales. El caso es que la presencia del acusado es una condición imprescindible para poder juzgar este tipo de ilícitos. Sin embargo, como ya se ha explicado previamente, este requisito en el caso de delitos especialmente miserables o, lo que es lo mismo, en el supuesto de los *delicta iuris gentium*, únicamente influye en el buen desarrollo del juicio.

Conviene hacer hincapié en la tercera y última categoría mencionada, ya que es en ésta donde el principio de justicia universal resulta aplicable a través de los órganos judiciales de los Estados interesados en poner fin a ilícitos de extrema gravedad. Como ya se sabe, este tipo de actos delictivos no se cometen en contra de ningún Estado en concreto, sino que se perpetran *de facto* en contra de toda la humanidad; y, por lo tanto, es por medio del citado principio la forma en la que se posibilita que se juzguen ciertos hechos por órganos judiciales que así lo consideren oportuno, independientemente de que existan o no vínculos de conexión entre el Estado que actúa y el hecho delictivo que pretende ser juzgado. Y ello, como era de esperar, hace que el mismo tenga un incalculable valor. Sin embargo, como ya se verá, su ejercicio no está exento de polémica. Sea como fuere, el principio de jurisdicción universal se aplica sobre los crímenes más graves pertenecientes a la esfera del Derecho Internacional que, lógicamente, generan la mayor repulsión y rechazo por parte de la comunidad internacional.

II. Las peculiaridades de los crímenes sujetos al Derecho Internacional

Como punto de partida conviene reflexionar sobre la propuesta que hizo AGO, tras ser nombrado relator especial de la CDI, en torno al estudio de la responsabilidad internacional de los Estados en virtud del cual proclamó lo siguiente: «parecería (...) contradictorio seguir aplicando las mismas consecuencias a la violación de obligaciones derivadas de normas definidas como "imperativas" que a la violación de obligaciones emanadas de normas que pueden ser modificadas mediante acuerdos particulares. Por las mismas razones parecería contradictorio que, en caso de violación de una norma que para la comunidad internacional en su conjunto tiene tal importancia que se la califica de "imperativa", se siga considerando que la relación de responsabilidad se establece únicamente entre el Estado autor de la violación y el Estado directamente lesionado por ella²⁷⁸».

La importancia de estas consideraciones, admitidas por la CDI, supuso la aprobación en 1976 del célebre artículo 19 que, entre otras circunstancias, distinguió entre dos tipos de hechos internacionalmente ilícitos: los delitos internacionales y los crímenes internacionales. Estos últimos fueron definidos en la mencionada disposición como el resultado «de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión²⁷⁹». A este respecto, PELLET afirmó que era completamente necesaria dicha distinción al entender que: «(...) es absolutamente inaceptable igualar el genocidio con una violación ordinaria del Derecho Internacional como pudiera ser el incumplimiento de un convenio bilateral comercial²⁸⁰».

A los efectos del presente trabajo, que pretende solventar las dudas en torno a la aplicación del principio de universalidad sobre los delitos más graves, resulta relevante acudir al citado artículo 19 en la medida en que no sólo diferencia unas obligaciones internacionales respecto de otras en función de su gravedad, sino que además -en su párrafo segundo- establece que los crímenes internacionales no constituyen un ilícito

²⁷⁸ Cfr. AGO, R., "Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su vigésimo octavo período de sesiones (3 de mayo-23 de julio de 1976)", *Anuario de la CDI*, Vol. II (2ª parte), 1976, pág. 100 (doc. A/CN.SER.A/1976/Add.1). Documento disponible en la página web de la ONU: [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(s\)/ILC_1976_v2_p2_s.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(s)/ILC_1976_v2_p2_s.pdf)

²⁷⁹ *Ibidem*.

²⁸⁰ Cfr. PELLET, A., "Can a State commit a Crime? Definitely, yes!", *EJIL*, Vol. 10, n° 2, 1999, pág. 426. Documento disponible en: <http://www.ejil.org/pdfs/10/2/592.pdf>
«(...) it is absolutely unacceptable to assimilate purely and simply a genocide and an "ordinary" breach of international law, say a breach of a bilateral trade agreement».

cualquiera. Algunos autores opinan que aunque la terminología del artículo 19 «(...) ha sido finalmente desechada la distinción [entre crímenes y delitos internacionales] ha pervivido sustancialmente bajo el tipo de la *violación grave de obligaciones emanadas de normas imperativas de Derecho Internacional general*²⁸¹».

Asimismo, pese a que el referido artículo 19 quedó circunscrito a la problemática y dudosa responsabilidad criminal de los Estados en el Derecho Internacional, cabe establecer una relación con el principio de universalidad, ya que su aprobación implicó la aparición de la figura del crimen internacional como una forma de responsabilidad agravada que afectaba a la comunidad internacional en su conjunto, lo que entronca claramente con el por aquel entonces apenas esbozado principio de universalidad.

Hoy en día la configuración de los crímenes internacionales se ajusta a lo previsto en el artículo 5 del Estatuto de Roma el cual se refiere a los crímenes de mayor trascendencia para la comunidad internacional. Dichos crímenes son los siguientes: el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión; y su consagración en el Derecho Internacional -sobre los que resulta aplicable el principio de universalidad- radica en los bienes jurídicos que protege (la paz y la seguridad internacional) y en la imposibilidad de que los ordenamientos jurídicos domésticos pongan fin a su perpetración²⁸².

²⁸¹ Cfr. REMIRO BROTONS, A., *et. al.*, *Derecho Internacional*, *ob. cit.*, pág. 742. Sea como fuere, pese a la importante distinción realizada en torno a los señalados comportamientos delictivos, los acuerdos no avanzaron mucho más. Tuvieron que pasar casi 40 años para adoptar el Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Este Proyecto se encuentra disponible en la página web de la ONU: <http://www.un.org/spanish/law/ilc/a5610.pdf>

²⁸² La incapacidad de los Estados de poner fin a trágicos sucesos muestra la subsidiariedad en la que se sitúa, en ocasiones, el marco normativo doméstico. De todos modos, es posible que dicha incapacidad pueda deberse al hecho de que éstos hayan participado en la comisión de actos delictivos graves o como consecuencia de cierta actitud de "condescendencia" para con ellos. En cualquier caso, no debemos olvidar que para una correcta y efectiva persecución de los delitos se requiere que los Estados cumplan con sus deberes de colaboración.

2. 1. *El genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión, constituyen la base de la aplicación del principio de jurisdicción universal*

Los cuatro delitos enumerados en el título de este nuevo apartado estuvieron presentes en el Estatuto y en las Sentencias del Tribunal Internacional de Nüremberg. Posteriormente, a la CDI se le encomendó el desarrollo del Derecho Internacional «(...) en el contexto de una codificación general de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad o de un código penal internacional, de los principios reconocidos en el Estatuto y en la Sentencia del Tribunal de Nüremberg (...)»²⁸³.

De conformidad con lo anterior, es importante resaltar que tras la Segunda Guerra Mundial se creyó firmemente en la idea de que debía existir un grupo no numeroso de delitos que precisaban recibir un tratamiento jurídico diferente con respecto a otros debido a la gravedad que revestían. Así pues, a partir del 11 de diciembre de 1946, la AGNU, por un lado, confirmó -mediante la resolución número 95- los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Tribunal de Nüremberg y, por otro lado, la CDI asumió la tarea de elaborar un Proyecto de Código de crímenes contra de la paz y seguridad de la humanidad, así como un Estatuto para un tribunal penal internacional²⁸⁴. El primer proyecto de Código fue aprobado en primera lectura por la Comisión en 1951 y, tres años después, tras su modificación en segunda lectura, fue sometido a la aprobación de la AGNU la cual no llegó a manifestar su consentimiento.

En todo caso, en 1954 se elaboró el primer Proyecto de Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad. Este documento contaba con tan sólo 4

²⁸³ Cfr. REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet: los límites de...*, ob. cit., pág. 51.

²⁸⁴ No obstante, en opinión de SÁNCHEZ LEGIDO, los trabajos de la CDI tuvieron como punto de partida el reconocimiento de la jurisdicción universal. Con el tiempo, la referencia a la misma desapareció respecto de sus trabajos relativos a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y quedó relegada por la regla *aut dedere aut iudicare*. El autor citado cree que el principio de universalidad se topó en su momento con dos obstáculos. En primer lugar, existió un rechazo generalizado en torno a su aceptación porque podía erigirse como un grave impedimento en la creación de un órgano judicial internacional penal. Sin embargo, este planteamiento fue rápidamente superado, ya que se vio claramente que la actuación de órganos nacionales seguía siendo igual de necesaria. Y, en segundo lugar, se plasmó la idea de que no se querían aceptar otros títulos competenciales diferentes a los tradicionalmente existentes, como el de territorialidad. En este sentido, lo que querían evitar a toda costa las potencias occidentales -según el autor- era que sus nacionales fueran juzgados por Estados cuyos sistemas jurídicos no garantizarán debidamente los más esenciales derechos y garantías. No obstante, con el final de la Guerra Fría, dichas objeciones se fueron diluyendo progresivamente. Vid. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, ob. cit., págs. 124 y ss.

artículos y no incluyó una definición consensuada del delito de agresión²⁸⁵. Posteriormente, la resolución 3074-XXVIII de 3 de diciembre de 1973²⁸⁶ estableció la obligación de los Estados de cooperar internacionalmente en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de lesa humanidad -lo que entroncaba con la esencia del principio de universalidad y su consiguiente aplicación a crímenes graves-. Asimismo, otra resolución, la 36/106 de 10 de diciembre de 1981, puso de relieve la necesidad de revisar el citado Proyecto de 1954, instando a la CDI a que reanudara su labor en aras de realizar un proyecto definitivo de Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad²⁸⁷. Como ya se sabe, el proceso finalizó en 1996 tras la orden de abordar la tarea de crear una corte penal internacional.

El Código mencionado supone un gran avance en la medida en que su artículo 8 proclama el establecimiento de una jurisdicción mixta consistente, por un lado, en una competencia otorgada a un tribunal penal internacional y, por otro, en una competencia ejercida por tribunales nacionales sobre los siguientes crímenes -el delito de agresión contenido en el artículo 16 quedó excluido del citado régimen²⁸⁸-. crimen de genocidio (artículo 17); crímenes contra la humanidad (artículo 18); crímenes contra el personal de

²⁸⁵ *Vid. Supra*. Nota 101.

²⁸⁶ *Vid. Supra*. Nota 205. A este respecto, una decisión de 2001 de la Subcomisión de Derecho Humanos hizo mención a dicha resolución y puso de relieve la siguiente idea: «es indispensable la máxima cooperación internacional entre los Estados para garantizar la investigación rigurosa de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad y enjuiciar a sus autores». Documento disponible en la página web de la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos:

<http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/17e832008a4e7f28c1256ab50055114b?Opendocument>

²⁸⁷ Documento disponible en la página web de la ONU:

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/414/67/IMG/NR041467.pdf?OpenElement>

²⁸⁸ A este respecto, SÁNCHEZ LEGIDO afirma lo siguiente: «Respecto del (...) [crimen de agresión], sin perjuicio también de la competencia de un eventual tribunal penal internacional, el artículo 8 del proyecto reducía todas las posibilidades de represión nacional a las derivadas del principio de personalidad o nacionalidad activa. Por tanto, los únicos tribunales nacionales con competencia para su enjuiciamiento serían los del Estado de la nacionalidad de los responsables, es decir, aquél cuyos dirigentes se hubieran embarcado en un ataque de agresión. Para la CDI, el vínculo indisoluble existente entre este delito y la responsabilidad internacional del Estado en cuyo nombre actúa el individuo responsable, implicaría la necesidad de pronunciarse sobre aquélla antes de poder apreciar la responsabilidad individual, lo que, de ser llevado a cabo por las autoridades judiciales de otro Estado, entraría en contradicción con el principio de igualdad jurídica de los Estados». *Cfr.* SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 131. Asimismo, acerca del peculiar régimen previsto para el delito de agresión, REMIRO BROTONS determina lo siguiente: «(...) no se puede zanjar la cuestión de la responsabilidad individual por este crimen sin considerar con carácter preliminar la cuestión de la agresión cometida por un Estado, lo que, de dejarse en manos de los tribunales estatales, sería contrario al principio fundamental del Derecho internacional *par in parem imperium non habet* y, además, tendría consecuencias graves para las relaciones, la paz y la seguridad. La facultad que se reconoce a un Estado para que sus tribunales juzguen a sus propios nacionales cuando los considera reos de agresión se justifica porque no obliga a determinar previamente la agresión cometida por otro Estado y no debería afectar las relaciones con terceros». *Cfr.* REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet: los límites de...*, *ob. cit.* pág. 54.

la ONU y el personal asociado (artículo 19); y crímenes de guerra (artículo 20). Por lo tanto, por medio del referido precepto se fijan las bases para el establecimiento de una competencia concurrente diseñada principalmente en favor de los tribunales nacionales de los Estados con base en el principio de jurisdicción universal²⁸⁹. No obstante, ello debe interpretarse a la luz del artículo siguiente el cual contempla la célebre obligación de extraditar o juzgar. En definitiva, el Código determina que el Estado de detención debe necesariamente ostentar competencia suficiente para enjuiciar los crímenes previstos en los artículos 17, 18, 19 y 20, ya que en caso contrario el Estado en cuestión se vería obligado a conceder toda petición de extradición y ello, lógicamente, sería contrario al carácter facultativo de la obligación *aut dedere aut iudicare*. Esta argumentación tiene todo el sentido, puesto que en el caso de que el Estado de detención no hubiera recibido una solicitud de extradición y, a su vez, no hubiera dispuesto una competencia efectiva sobre los delitos que pretenden ser juzgados, el presunto culpable se hallaría libre de todo procesamiento y ello, sin lugar a dudas, mermaría el objetivo de la regla citada.

Así pues, no cabe duda de que los Estados por medio del comentado Código pueden ejercitar una competencia universal respecto de los delitos contemplados en los artículos 17, 18, 19 y 20, siempre que el presunto culpable se encuentre en su propio territorio²⁹⁰. De conformidad con esta afirmación, es lógico que el artículo 8 inste a los Estados parte a adoptar las medidas necesarias con el objeto de evitar un socavamiento del principio de universalidad.

Como puede verse, la CDI finalmente no se decantó por la elaboración de un código penal internacional sino que elaboró un documento en el que plasmó los delitos que consideraba más graves y les dotó de un régimen singular. En opinión de REMIRO BROTONS, la Comisión insertó delitos graves pero afirma que «(...) puede que *no estén todos los que son* (...)»²⁹¹. En este sentido, el citado autor continúa argumentando que el hecho de que estos delitos no estén en el referido documento no debe llevarnos a la consideración de que no existen para el Derecho Internacional; se trata únicamente de

²⁸⁹ Véase el párrafo número 5 del comentado artículo 8 que lleva a cabo la CDI.

²⁹⁰ Como ya fue comentado en apartados anteriores, si bien es cierto que la presencia del culpable en el territorio del Estado que actúa no constituye el fundamento necesario para el ejercicio del principio de universalidad, también lo es que los órganos judiciales estatales se han caracterizado por aplicarlo cuando el culpable se encuentra efectivamente en el territorio del Estado que decide actuar. *Vid.* REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet: los límites de...*, *ob. cit.* pág. 57.

²⁹¹ *Ibid.* Pág. 52.

que los ahí citados -en el Código referido- obtienen un sólido valor de prueba en lo que se refiere a su existencia²⁹².

Posteriormente, en el Estatuto de Roma de 1998 se hizo referencia a los crímenes señalados como la base competencial *ratione materiae* de la CPI. En este mismo instrumento, el delito de agresión volvía a recibir, en un primer momento, un régimen diferente con respecto a los otros delitos graves debido a la imposibilidad de llegar, durante el proceso de negociación, a un acuerdo en torno a su definición²⁹³.

En todo caso, es el artículo 5 del Estatuto de Roma el que enumera los crímenes sobre los que la CPI ejerce su efectiva competencia; competencia que obviamente será ejercida de conformidad con lo previsto en los demás preceptos del referido Estatuto. A este respecto, cabe añadir que existe una posición doctrinal que arremete contra el mencionado documento en la medida en que no recoge el ejercicio de la jurisdicción universal sobre los delitos anteriormente mencionados. Para sustentar dicha tesis, esta corriente doctrinal se apoya en el contenido del artículo 13²⁹⁴ que indica que la Corte actuará siempre que los ilícitos hayan acontecido en el territorio del Estado que forma parte del Estatuto o en aquel que haya aceptado puntualmente su competencia. Asimismo, el citado precepto dispone que la Corte será competente si la anterior premisa se da con respecto al Estado al que pertenece el presunto culpable por motivo de su nacionalidad (en estos casos es necesario que el asunto se haya investigado anteriormente por el fiscal de *motu proprio* o se haya remitido a él la información de un hecho delictivo grave por un Estado parte). De esta forma, los que se posicionan a favor de esta teoría ponen de relieve que lo que verdaderamente existe en el Estatuto de Roma no es más que un simple principio de territorialidad, así como un mero principio de personalidad activa.

Aunque ello será abordado más adelante, SÁNCHEZ LEGIDO zanja esta cuestión al afirmar que hay ciertos costes que deben asumirse en aras del consenso y así, declara,

²⁹² Vid. REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet: los límites de...*, ob. cit. pág. 53.

²⁹³ En un principio, el artículo 5.2 del Estatuto establecía lo siguiente: «La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas».

²⁹⁴ El párrafo segundo del artículo 13 del Estatuto de la CPI dispone que: «En el caso de los apartados a) o c) del artículo 13, la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son Partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3: a) El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave; b) El Estado del que sea nacional el acusado del crimen».

en relación con estas previsiones y la ausencia de una mención expresa del principio de universalidad, que es necesario aceptar las «matizaciones a las propias posiciones por mucho que las mismas puedan contar, pretendidamente, con un largo y sólido arraigo en el Derecho Internacional. La renuncia a la jurisdicción universal de la Corte ha sido, junto con el principio de complementariedad, el precio que se debió pagar para hacer posible la adopción del Estatuto²⁹⁵». De todos modos, cabe avanzar que del contenido de los Estatutos de los tribunales penales internacionales no debe ponerse en entredicho la existencia del notorio principio de universalidad²⁹⁶.

En conclusión, son los delitos mencionados en los párrafos anteriores los que constituyen el núcleo esencial de los crímenes del Derecho Internacional aunque -como ya hemos mencionado- éstos no son los únicos. A continuación explicaremos la importancia de cada uno de ellos y el tratamiento que a lo largo de la historia han ido recibiendo, así como sus peculiaridades actuales.

a. El genocidio

El jurista polaco Raphaël Lemkin en su obra titulada *Axis Rule in Occupied Europe* emplea por primera vez el término *genocidio*. Etimológicamente, la palabra *genocidio* proviene, por un lado, de la palabra latina *geno* que hace referencia a raza o tribu y, por otro, del verbo latino *caedere* que se refiere al acto de matar. Previamente a la aparición de este nuevo término, el mencionado jurista defendió -ante la Conferencia de 1933 por la Unificación del Derecho Penal auspiciada por la Sociedad de Naciones- la tipificación del delito relativo a actos de barbarie -como se conocían anteriormente los actos de genocidio- por la normativa internacional. En aquel momento, las delegaciones soviéticas y alemanas abandonaron la reunión por considerar inapropiada la intención de perseguir internacionalmente determinados delitos al considerarlo una injerencia en la soberanía de los Estados. A pesar de la indignación de algunos pocos, aquella fue la primera vez en la que se invocó la jurisdicción universal sobre lo que posteriormente sería conocido como delito de genocidio.

Una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, en la Conferencia de Paz de París de 1946, Lemkin trató no sólo de impulsar la tipificación de una serie de delitos -entre ellos el delito de genocidio-, sino que intentó que éstos a su vez se erigieran como

²⁹⁵ Cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, ob. cit., págs. 136 y 137.

²⁹⁶ *Ibidem*. Asimismo: véase el capítulo sexto del presente trabajo.

actos contrarios a la humanidad. Sin embargo, sus esfuerzos cayeron en saco roto hasta diciembre de ese mismo año, momento en el que la AGNU condenó los crímenes relacionados con el genocidio²⁹⁷. Dos años después, en 1948, se celebró el Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio que entró en vigor el 12 de enero de 1958²⁹⁸.

El artículo II de la referida Convención pone de relieve que un acto de genocidio es aquel que es «perpetrado con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso» y, de forma inmediata, enumera una serie de actos que, de producirse, obtendrían tal calificación: a) matanza de miembros del grupo; b) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) y traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo²⁹⁹. Lo que se deduce de este artículo es que son dos los elementos imprescindibles para calificar un acto como genocida: 1) la deliberación o la intencionalidad y, 2) que su destinatario sea un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

Por un lado, el primer elemento que se desprende del tipo penal es el de la intencionalidad: el *mens rea*. En este sentido, el delito de genocidio exige la existencia de una intención específica; dicha intención que implica un *dolus specialis* se traduce en su sello distintivo. Se trata, en definitiva, de actos conscientes y volitivos que una persona por mera negligencia o accidente no podría cometer. Por lo tanto, de la comisión de alguno de los actos previstos en el referido artículo II debe apreciarse una intención real y concreta dirigida a la destrucción total o parcial del grupo que, como ya se adelantó, se alza como requisito número dos del referido tipo penal³⁰⁰. En otras palabras, se podrá condenar por genocidio a una o a varias personas cuando sea posible demostrar que cometieron alguno de los actos enumerados en el artículo II siempre que

²⁹⁷ La Resolución 96 (I) de la AGNU, de 1946, declaró que el genocidio era «un crimen de Derecho Internacional que el mundo civilizado condena».

²⁹⁸ *Vid. Supra*. Nota 151.

²⁹⁹ La enumeración de este tipo de actos tiene un carácter exhaustivo, según expone la CDI en su Proyecto de Código.

³⁰⁰ Con el propósito de proporcionar una mayor claridad a lo expuesto, hay que volver a repetir la idea relativa a que no es suficiente advertir -para apreciar el crimen de genocidio- la intención de cometer alguno de los actos enumerados en el citado artículo ni tener mera conciencia de las posibles consecuencias que se obtendrán con la realización de los mismos. Únicamente cabrá acusar a una persona por la comisión de actos genocidas cuando esta intencionalidad tenga por objeto la destrucción total o parcial de un grupo nacional, racial, religioso o étnico.

de los mismos se aprecie un elemento de intencionalidad encarrilado hacia la destrucción total o parcial de uno de los grupos mencionados en la Convención. En el asunto *Jelisić* se puso de relieve que: «es de hecho el *mens rea* lo que confiere al genocidio su especialidad y lo distingue de un delito común y de otros crímenes contra el Derecho Internacional humanitario. El crimen o crímenes señalados deben calificarse de genocidio cuando hayan sido cometidos con la intención de destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso (...)»³⁰¹.

Por otro lado, el segundo elemento fundamental del genocidio es el *actus reus*. Este elemento, como ya se sabe, se refiere a la presencia de un grupo nacional, étnico, racial, o religioso. Es importante tener claro que el grupo es el bien jurídico protegido y que la Convención además especifica claramente ante qué tipo de grupo debemos estar para dar cabida al tipo penal de genocidio. Se intuye, por tanto, que no estamos ante un bien jurídico individual (como sí sería el caso de los crímenes contra la humanidad), sino ante un bien jurídico colectivo³⁰². En todo caso, es tal la importancia de ambos elementos, que no es posible entender la existencia de genocidio si alguno de ellos no concurre en el supuesto de hecho. Momcilo Krajisnik³⁰³, presidente de la Asamblea Serbo Bosnia, condenado el 27 de septiembre de 2006 por el TPIY por crímenes contra la humanidad, no pudo ser juzgado por genocidio o complicidad de genocidio porque si bien cabía apreciar la existencia del *actus reus*, no pudo acreditarse el *mens rea* (ello también ocurrió en el asunto *Jesilić*). En este asunto, el tribunal concluyó que a pesar de la evidencia de que ciertos actos perpetrados constituyeron el *actus reus* de genocidio, no hubo pruebas suficientes que permitieran establecer que los perpetradores tuvieron

³⁰¹ Se trata de la Sentencia pronunciada el 14 de diciembre de 1999 por el TPIY. El documento se encuentra disponible en la página web de la Agencia de la ONU para los Refugiados:

<http://www.unhcr.org/refworld/topic.4565c22538.4565c25f449.4147fe474.0.html>

«It is in fact the *mens rea* which gives genocide its speciality and distinguishes it from an ordinary crime and other crimes against international humanitarian law. The underlying crime or crimes must be characterised as genocide when committed with the intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group (...)».

Jesilić fue acusado por su presunta participación, en 1992, en el confinamiento ilegal, trato ilegal y asesinato de musulmanes y croatas en el campamento de Luka, un centro de detención provisional en Brčko tras la absorción de la ciudad por las fuerzas serbias de Bosnia. El presunto autor no pudo ser condenado por actos de genocidio, ya que el fiscal no pudo probar que había actuado con la intención necesaria para destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Finalmente, fue condenado por delitos contrarios a la humanidad y por crímenes de guerra.

³⁰² De esta forma, al ser el grupo lo que se pretende proteger, serán irrelevantes los motivos que lleven a una persona o a varias a querer terminar con él.

³⁰³ Momcilo Krajisnik, miembro de la dirigencia serbio bosnia, fue condenado a veintisiete años de prisión por la persecución, exterminio, asesinato, deportación y traslado forzoso de civiles no serbios durante el conflicto de Bosnia Herzegovina.

una intencionalidad genocida, ésto es, la intención de destruir a los grupos étnicos bosnio musulmán y bosnio croata en cuanto tales³⁰⁴.

Siguiendo con la explicación relativa al concepto de grupo, conviene destacar que no se trata de destruir a una o a varias personas que incidentalmente pertenezcan a él. Tampoco se trata de la aniquilación completa de éste. La verdadera naturaleza radica en querer destruir una parte considerable del mismo. Según la CDI: «es la pertenencia de la persona a un grupo determinado y no la identidad de esa persona el criterio decisivo para definir a las víctimas inmediatas del crimen de genocidio³⁰⁵». Los grupos protegidos por la Convención contra el genocidio son los mismos que se prevén en los Estatutos del TPIR, del TPIY y de la CPI. Queda fuera el grupo político, es decir, aquél que se diferencia de otros por motivos ideológicos³⁰⁶. Esta exclusión carece de relevancia en la medida en que aunque no sea posible calificar como genocida la realización de actos graves sobre un determinado grupo político, sí cabrá calificarlos como crímenes contra la humanidad; en otras palabras, en el caso en el que los actos delictivos no puedan subsumirse dentro del tipo del genocidio, podrán subsumirse en aquel otro relativo a crímenes contra la humanidad.

De todos modos, en relación con la noción de grupo político ha existido cierta confusión. Cabe traer a colación un ejemplo representativo de grupo político sobre el que se han cometido actos especialmente graves: el grupo de víctimas de los militares argentinos ideológicamente enfrentados a la dictadura que éstos últimos defendían. Aquéllos fueron el objetivo de los "milicos" militares, puesto que fueron considerados

³⁰⁴ Documento disponible en la página web de la Agencia de la ONU para los Refugiados:

<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?page=search&docid=48ad29642&skip=0&query=Momcilo%20Krajisnik>

En el asunto *Krajisnik* se estableció lo siguiente: «The Chamber finds that some of the crimes described earlier in part 5 meet the requirements of the actus reus for genocide. This is the case with regard to all of the crimes of murder and extermination, described above in part 5.2.2, as well as some instances of cruel or inhumane treatment, discussed above in part 5.4.2. The Chamber does not find, however, that any of these acts were committed with the intent to destroy, in part, the Bosnian-Muslim or Bosnian-Croat ethnic group, as such».

³⁰⁵ Ello corresponde al párrafo 6 del comentario al artículo 17.

³⁰⁶ La noción de grupos políticos fue incluida en el ámbito de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de Núremberg pero no ocurrió así en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, ya que, entre otras razones, no eran lo suficientemente sólidos como para que quedaran englobados bajo este último crimen. Asimismo, los grupos culturales se encuentran excluidos de la citada Convención. BOLLO AROCENA considera razonable que la cultura en sus diversas manifestaciones posibles no sea objeto de protección por la referida Convención. *Vid.* BOLLO AROCENA, M. D., "El crimen de genocidio: elementos constitutivos y medios de comisión", *Derecho Internacional Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Ed. Universidad del País Vasco, Guipúzcoa, 2004, pág. 133.

como una grave amenaza para la seguridad del país. El caso es que al ser los puntos de vista políticos o los valores sociales de aquéllos lo que les convertía en el blanco de una sangrienta diana, no fue posible calificar los crímenes cometidos como actos de genocidio; en definitiva, la diferenciación de un grupo por motivos ideológicos no permite la subsunción o la aplicación del referido delito conforme a lo establecido por el Derecho Internacional³⁰⁷.

Ahora bien, para hablar y comprender apropiadamente cuáles son los actos de genocidio, quizá resulte adecuado acudir a su origen. En este sentido -en lo que obviamente se refiere a la Historia moderna-, la comisión de tales actos tiene lugar básicamente con la aplicación en la Alemania nazi de la llamada doctrina racial. Con la llegada del nacionalsocialismo, se elaboraron y se aplicaron una serie de normas -sin parangón alguno en el mundo- que se caracterizaron por ser altamente discriminatorias. Una muestra clara de la política racial desarrollada por los alemanes nazis fueron las unidades móviles de exterminio denominadas *Einsatzgruppen*. Estas unidades fueron conocidas como los *escuadrones de la muerte*, que tenían como objetivo la aniquilación

³⁰⁷ Teniendo en cuenta lo expuesto, no se comprende bien el Auto de 5 de noviembre de 1998 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional cuando afirma que: «el sentido de la vigencia de la necesidad sentida por los países partes de la Convención de 1948 de responder penalmente al genocidio, evitando su impunidad, por considerarlo crimen horrendo de derecho internacional, requiere que los términos "grupo nacional" no signifiquen "grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación", sino, simplemente, grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor. (...) La prevención y castigo del genocidio como tal genocidio, esto es, como delito internacional, como mal que afecta a la comunidad internacional directamente, en las intenciones del Convenio de 1948 que afloran del texto, no puede excluir, sin razón en la lógica del sistema, a determinados grupos diferenciados nacionales, discriminándoles respecto de otros. Ni el Convenio de 1948 ni nuestro Código Penal ni tampoco el derogado excluyen expresamente esta integración necesaria». En opinión de REMIRO BROTONS, la Audiencia Nacional estaba empeñada en «encontrar una apoyatura legal literal a lo que llama concepción o entendimiento social del genocidio (...). [El concepto] social del genocidio es, sin duda, más atractiva y convincente que los esfuerzos que, con el mismo fin inclusivo, se han hecho por embutir la persecución política dentro de la étnica o religiosa». Cfr. REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet: los límites de...*, ob. cit., págs. 80 y ss. En definitiva, la Audiencia Nacional española pretendía abarcar dentro del delito de genocidio la persecución de grupos políticos. Sin embargo, no podemos admitir como válida la interpretación que ésta llevó a cabo, ya que dicha inclusión no se encontraba legalmente amparada por el Derecho Internacional. A este respecto, el citado autor añade que esta posibilidad -que el tipo interno de genocidio sea más amplio que en el ordenamiento jurídico internacional- sólo podría tener lugar si «el exceso de tipo puede ser absorbido por otro crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad (...)». Cfr. REMIRO BROTONS A., *El caso Pinochet: los límites de...*, ob. cit., pág. 82. Sea como fuere, no cabe duda de que la razón por la que ciertos órganos judiciales españoles ampliaron el concepto del delito de genocidio se debió a que durante un tiempo -concretamente hasta el año 2004- el ordenamiento jurídico español no contenía una regulación adecuada en materia de crímenes contra la humanidad. Así pues, hasta 2004, la única tipificación de los ilícitos englobados bajo el mencionado crimen tenía lugar por medio de la aplicación del tipo penal de genocidio. Todo ello condujo a una interpretación amplia «(...) más allá [del] concepto técnico superrestringido y artificial contenido en el Convenio sobre el genocidio de 1948». Cfr. CAPELLÀ I ROIG, M., "Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo", REEI, nº 10, 2005, pág. 3. Documento disponible en: [http://www.reei.org/reei%2010/M.Capella\(reei10\).pdf](http://www.reei.org/reei%2010/M.Capella(reei10).pdf)

de judíos, gitanos y comisarios políticos³⁰⁸. La Historia ha definido estos escuadrones como unidades creadas para la execrable misión de exterminar a los dirigentes comunistas y judíos, así como para ordenar e idear operaciones raciales cuyos objetivos fueran la eliminación de los eslavos, judíos y demás razas consideradas como *untermenchen* (subhumanos)³⁰⁹.

Tras los terribles actos que se produjeron durante la Segunda Guerra Mundial, pasaron varias décadas hasta comprobar, muy a nuestro pesar, que actos de semejante envergadura volvían a tener lugar. En ese contexto, la CDI en el artículo 17 de su Proyecto evocó el delito de genocidio en unos términos que plasmaban su carácter abominable y la consiguiente condena por parte de la comunidad internacional. Lo mismo ocurrió con el Estatuto del TPIY, TPIR y el de la CPI.

Una vez tipificado el delito en sí de genocidio, conviene analizar el tipo de persona sobre el que resulta aplicable. La Convención sobre Genocidio establece en el artículo IV el grupo de personas que ostentan capacidad suficiente para cometer tales conductas: gobernantes, funcionarios o particulares. Como se ha podido comprobar, dependerá del cargo que ocupe una persona en el ámbito gubernamental o en la estructura del mando militar correspondiente para poder apreciar la comisión de actos de genocidio. Ello no excluye la posibilidad de que un subordinado sea juzgado por cometer actos de semejante envergadura, independientemente de que se escude en el hecho de estar siguiendo órdenes de un mando superior. No obstante, en estos casos, lo que sí se requiere es que exista un «grado de conocimiento del objetivo último de la conducta criminal más que el conocimiento de cada detalle de un plan o política globales de genocidio» para poder abandonar la teoría del comandante o, lo que es lo mismo, el concepto de la responsabilidad del mando (*principle of command*

³⁰⁸ En opinión de FERENCZ: «Nazi Einsatzgruppen wrote the blackest page in human history. Their cruel deeds illustrate the dangers of blind obedience to an authoritarian leader who defies the rule of law». Cfr. FERENCZ, B., "Einsatzgruppen: The Blackest Page in Human History", 2004; documento disponible en: <http://www.benferencz.org/index.php?id=4&article=37>

³⁰⁹ Algunos autores argumentan que las personas que integraban los *Einsatzgruppen* llevaban a cabo actos de genocidio. En este sentido, MANN afirma que el genocidio fue particularmente grave a partir de 1941. Sostiene que fueron seis mil el número de hombres que rotaron en las distintas unidades que componían los *Einsatzgruppen*; y éstos, junto con la policía auxiliar y los miembros de las tropas *Waffen-SS*, provocaron la muerte a más de un millón de judíos. Campos de concentración como el de *Sobibor* son una clara muestra del exterminio llevado a cabo por la Alemania de Hitler. Uno de los guardias del citado campo declaró que ningún miembro del campo *Sobibor* podía excluirse de no formar parte de dicho exterminio. Vid. MANN, M., "Nazis, III: Genocidal Careers", *The Dark Side of Democracy*, Ed. Cambridge University Press, Reino Unido, 2005, págs. 262 y ss.

responsibility) -que se basa en la responsabilidad del jefe por actos u omisiones realizadas por sus subordinados- con el objeto de condenar así a las personas que esgrimen estas teorías como eximentes de sus actuaciones³¹⁰. A este respecto, la CDI añade que es necesario «inferir el grado necesario de conocimiento e intención de la naturaleza de la orden de cometer los actos prohibidos de destrucción contra individuos pertenecientes a un grupo determinado y, por tanto, singularizados como víctimas inmediatas de la conducta criminal masiva».

Más adelante, el artículo VI de la referida Convención establece el ámbito competencial del genocidio³¹¹. De la lectura de esta disposición cabe concluir que serán competentes los tribunales del Estado en el que se hayan producido tales actos delictivos, así como el tribunal penal internacional sobre el que se haya reconocido dicha jurisdicción (esta cuestión se puso de manifiesto en el artículo 8 del Proyecto de la CDI³¹²); sin embargo, nada se dice respecto de la competencia que otros Estados pudieran tener.

Sobre este último extremo cabe hacer una serie de puntualizaciones. En el comentado asunto *Eichmann*, los tribunales de Israel fundamentaron su competencia no en la Convención, sino en el principio de personalidad pasiva y en el Derecho Internacional consuetudinario que, a la luz de lo dispuesto en el referido artículo VI, genera ciertas dudas³¹³. Sea como fuere, la Corte Suprema de Israel concluyó en el caso en cuestión que tales «crímenes [...] violaban los valores morales universales y los principios humanitarios que están en la base de las leyes penales adoptadas por las naciones civilizadas³¹⁴». Y estableció, además, que: «[la obligación del artículo VI de la Convención] no tiene nada que ver con el poder universal de cada Estado de perseguir este tipo de crímenes (...). [El] Estado de Israel tiene la facultad [...] en calidad de guardián del Derecho internacional y agente para su implementación, para enjuiciar al

³¹⁰ Ello queda indicado por la CDI en el párrafo número 10 del comentario al artículo 17 de su Proyecto.

³¹¹ El artículo VI de la referida Convención dispone que: «Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes Contratantes que hayan reconocido su jurisdicción».

³¹² Como ya se explicó anteriormente, el artículo 8 de la CDI prevé este régimen para los delitos de genocidio, crímenes de guerra, delitos contrarios a la humanidad y todos aquellos cometidos contra el personal de la ONU. La CDI aboga, pues, por establecer el principio de competencia concurrente.

³¹³ Adviértase que el Estado de Israel no existía cuando se produjeron los hechos delictivos.

³¹⁴ *Vid. Supra*. Nota 65.

apelante (...) [con base en] el principio de la jurisdicción universal (...)»³¹⁵. De esta forma, según SIMON, al margen de lo dispuesto en el artículo VI, parece que «cualquier Estado como corolario de un interés legal único compartido por todos los Estados [puede ser y] es competente [sobre el delito de genocidio]»³¹⁶.

Desde nuestro punto de vista, a tenor de la disposición legal mencionada en los párrafos anteriores, lo que se estableció en un primer momento en torno al delito de genocidio fue una jurisdicción de carácter territorial. Consideramos que la completa efectividad del artículo VI quedó condicionada a la creación de un tribunal penal internacional. Consecuentemente, tras la adopción del Estatuto de Roma y la adhesión de los Estados que en su día firmaron la Convención sobre genocidio, cabe defender la idea relativa a que, en la actualidad, la CPI tiene jurisdicción universal sobre esta materia. Esta afirmación encuentra su sustento en el párrafo octavo del comentario al artículo 8 del Proyecto de 1996. Dicho párrafo establece lo siguiente: «(...) en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (art. VI) se restringe la competencia de los tribunales nacionales a los del Estado en cuyo territorio se cometió el crimen. La disposición actual extiende la competencia de los tribunales nacionales respecto del crimen de genocidio enunciado en el artículo 17 a todos los Estados Partes en el Código. La Comisión consideró que dicha ampliación se justificaba plenamente en vista de la naturaleza del genocidio, que era un crimen de derecho internacional respecto del cual existía jurisdicción universal según el derecho consuetudinario para los Estados que no eran parte en la Convención, y por consiguiente, no estaban supeditados a la restricción que en ella se imponía». Según REMIRO BROTONS, la CDI parece «dar por supuesto el efecto restrictivo *inter partes* del artículo 6 del Convenio de 1948 en relación con la jurisdicción universal dispuesta por el Derecho internacional consuetudinario (...)»³¹⁷.

Siguiendo con la exégesis del problemático artículo VI, no deja de ser paradójica la interpretación que algunos mantienen respecto de la proscripción que éste parece

³¹⁵ *Vid. Supra*. Nota 65.

³¹⁶ Cfr. SIMON, J-M., *Jurisdicción Universal; La perspectiva del Derecho Internacional Público*, REEI, ob. cit., pág. 34. A este respecto, el autor citado afirma que: «este interés legal único constituye *per se* un contacto suficientemente relevante en términos legales cuando se trata de dictar sentencia sobre actos de genocidio, independientemente de dónde, por quién y contra quién se hayan perpetrado, sin que el Derecho internacional Público requiera de la existencia de [nexos] (...)». Cfr. SIMON, J-M., *Jurisdicción Universal; La perspectiva del Derecho Internacional Público*, REEI, ob. cit., pág. 35.

³¹⁷ Cfr. REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet: los límites de...*, ob. cit., pág. 66.

expresar en relación con el principio de universalidad. En este sentido, conviene hacer referencia a la argumentación de cierto sector doctrinal que, tal y como plasma SÁNCHEZ LEGIDO, les lleva a afirmar que el Convenio sobre Genocidio impide a los Estados el ejercicio de una jurisdicción universal preexistente «al propio convenio en virtud del Derecho consuetudinario y (...) sólo subsistente en virtud del Derecho Internacional general para los Estados desvinculados de sus disposiciones³¹⁸».

No deja de ser llamativa la anterior posición doctrinal basada en destacar el hecho de que la firma y la ratificación de un convenio -que pretende perseguir y castigar uno de los crímenes más graves y atentatorios contra la humanidad-, implica la imposibilidad de que los Estados firmantes puedan juzgar conductas graves por medio de uno de los principios más eficaces que el Derecho Internacional propugna. Al hilo de esta interpretación se deduce, por el contrario, que los Estados sin voluntad para ratificar dicho Convenio tendrán sorprendentemente capacidad para ejercitar el referido principio de jurisdicción universal. Como se puede comprobar, todo ello resulta un tanto absurdo.

Respecto de todas estas cuestiones, SÁNCHEZ LEGIDO considera que si la intención del Convenio de genocidio hubiera consistido en la proscripción de la jurisdicción universal, su «vocación universal y su generalizada aceptación vendrían a arrojar serias y fundadas dudas en cuanto a la subsistencia y vigencia de tal principio en el Derecho internacional (...)»³¹⁹. Tiene razón cuando esgrime que todo ello carece de lógica cuando el objetivo fundamental del Convenio consiste en la prevención y sanción del genocidio. Consecuentemente, el citado autor trae a colación la Sentencia de la CIJ dictada el 11 de julio de 1996 -a raíz del asunto *Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia*- en la que se determinó el carácter extraterritorial del Convenio: «(...) la Corte opina que se deduce del objeto y del propósito de la Convención que los derechos y obligaciones consagrados en ella son derecho y obligaciones *erga omnes*. (...) La Convención no limita territorialmente la obligación que cada Estado tiene, con arreglo a ella, de prevenir y castigar el delito de genocidio³²⁰». Asimismo, la Corte puso de relieve -en una opinión consultiva de 28 de mayo de 1951- el carácter vinculante de la prohibición

³¹⁸ Cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, ob. cit., pág. 167.

³¹⁹ *Ibid.* Pág. 168.

³²⁰ Documento disponible en la página web de la CIJ:
http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1992-1996.pdf

de cometer actos de genocidio incluso respecto de Estados que no se hubieran adherido a la Convención; a su entender, la prohibición recae sobre los principios más básicos y fundamentales de las naciones civilizadas. Por lo tanto, a tenor de lo previsto por la CIJ, no hay ninguna duda acerca del carácter universal de la condena de genocidio y de la necesaria cooperación entre Estados en este ámbito³²¹.

Aunque es cierto que los ejemplos anteriores resuelven en gran parte los problemas aquí planteados, es curioso que la entrada en vigor del Estatuto de Roma no cierre por completo el conflicto existente entre el delito de genocidio y el principio de jurisdicción universal. CHERIF BASSIOUNI considera que «la jurisdicción de la CPI (...) es esencialmente territorial para las partes, a pesar de que las partes pueden referir casos a la CPI respecto de crímenes que no ocurrieron en su territorio y están obligados a entregar personas dentro de su territorio, sean ellas nacionales o no nacionales³²²». Sostiene, además, que no es una tarea sencilla argumentar, tras una lectura pormenorizada del artículo VI de la Convención, una jurisdicción de carácter universal sobre los delitos de genocidio en la medida en que no hay disposición alguna a este respecto; desde su punto de vista, no existe un sólido sustento por parte del Derecho Internacional convencional ni una práctica legal de los Estados que así lo determine³²³. Sin embargo, al hilo de la argumentación anterior, el mencionado autor trae a colación el asunto *Tadic* en virtud del cual se determinó que la jurisdicción universal quedaba articulada sobre el marco de todos los crímenes internacionales³²⁴. Ello -junto con el asunto *Jesilic* que indicaba que el crimen de genocidio constituía una norma consuetudinaria de *ius cogens* de Derecho Internacional debido a su extrema gravedad³²⁵ o el asunto *Ntuyahaga* en el que se estableció que la jurisdicción universal se daba, sin lugar a dudas, en el tipo penal de genocidio³²⁶- pone en entredicho los

³²¹ Vid. WOUTERS, J., Y VERHOEVEN, S., "The Prohibition of Genocide as a Norm of Ius Cogens and Its Implications for the Enforcement of the Law of Genocide", ICLR, nº 5, 2005, pág. 405.

³²² Cfr. CHERIF BASSIOUNI M., *Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea*, VJILA, ob. cit., pág. 33.

³²³ Es cierto que la práctica de los Estados no se ha caracterizado precisamente por mostrar un entusiasmo excesivo a este respecto. Así lo afirma SÁNCHEZ LEGIDO cuando declara que es frecuente «(...) que las legislaciones nacionales que contemplan expresamente el delito de genocidio, en cumplimiento directo o indirecto de la obligación de tipificación interna prevista en el art. 5 del Convenio, no atribuyan a sus tribunales jurisdicción universal para su represión». Cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, ob. cit., pág. 174.

³²⁴ Vid. CHERIF BASSIOUNI, M., *Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea*, VJILA, ob. cit., pág. 34.

³²⁵ Ello corresponde al párrafo número 60 del asunto *Jesilic*. Vid. *Supra*. Nota 301.

³²⁶ Documento disponible en:

argumentos formulados en contra de la aplicación del principio de universalidad sobre el tipo penal de genocidio.

En cualquier caso, la inexistencia de una norma convencional que establezca un régimen claro de jurisdicción universal genera siempre ciertas dudas en relación con otros principios del Derecho Internacional público como sucede, por ejemplo, con el principio de no intervención y el de igualdad soberana³²⁷. La base de este problema, en el caso del delito de genocidio, surge fundamentalmente durante los trabajos de la Convención, ya que en el transcurso de los mismos se contempló la posibilidad de que la jurisdicción universal quedara expresamente contemplada en el artículo VI y al no quedar finalmente incluido este inciso surgieron debates constantes e interpretaciones negativas que rechazaban enjuiciar un acto de genocidio por medio del mencionado principio.

De todos modos, recientes y últimas posiciones judiciales ponen fin a este debate. Así, los asuntos *Demjanjuk*³²⁸, *Jorgic*³²⁹ o *Munyeshyaka*³³⁰ determinan el reconocimiento de la jurisdicción universal sobre el delito de genocidio. No hay duda de que todos estos casos se han mostrado favorables a inclinarse por un reconocimiento de la jurisdicción universal sobre el citado tipo penal. En España, el asunto *Guatemala* y el

http://www1.umn.edu/humanrts/instree/ICTR/NTUYAHAGA_ICTR-98-40/NTUYAHAGA_ICTR-98-40-T.htm

«(...) it encourages all States, in application of the principle of universal jurisdiction, to prosecute and judge those responsible for serious crimes such as genocide, crimes against humanity and other grave violations of international humanitarian law». Este asunto juzgado por el TPIR concluyó, el 18 de marzo de 1999, con la condena del acusado por la comisión de actos de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

³²⁷ Se expuso en el Fundamento de Derecho Octavo de la Sentencia del Tribunal Supremo español, de 25 de febrero de 2003, lo siguiente: «Cuando la extensión extraterritorial de la ley penal tenga su base en la naturaleza del delito, en tanto que afecte a bienes jurídicos de los que es titular la Comunidad Internacional, se plantea la cuestión de la compatibilidad entre el principio de justicia universal y otros principios de derecho internacional público».

³²⁸ *Vid. Infra*. Nota 380.

³²⁹ Nikola Jorgic, acusado de cometer actos de genocidio, fue condenado, en Alemania, a cadena perpetua por el Tribunal Supremo Federal, el 30 de abril de 1999. A través de dicho caso, se reconoció -en el país germano- la aplicación del principio de justicia universal respecto de los delitos de genocidio. La importancia de este asunto radica en que este reconocimiento se produjo antes del cambio legislativo de junio de 2002 en virtud del cual se confirió jurisdicción universal a los tribunales alemanes sobre ilícitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. *Human Rights Watch* expone todas estas cuestiones en un documento titulado *Universal Jurisdiction in Europe* (Jurisdicción Universal en Europa) de 27 de junio de 2006. El documento se encuentra disponible en la página web de *Human Rights Watch*: http://www.hrw.org/en/node/11297/section/11#_ftnref285

³³⁰ Wenceslas Munyeshyaka, sacerdote ruandés, fue acusado en Francia por cometer actos de genocidio contra un grupo de *tutsis*. La Corte de Casación declaró, el 6 de enero de 1998, la competencia de los tribunales franceses para juzgar actos de genocidio en virtud del principio de justicia universal. Información disponible en la página web de la *Fédération Internationale des ligues des droits de l'Homme*: http://www.fidh.org/IMG/pdf/GAJ_France_Compentence_universelle431-2.pdf

asunto *Pinochet* supusieron el reconocimiento de una jurisdicción de este tipo sobre el delito de genocidio.

Frente a los innegables avances de la comunidad internacional y de la práctica judicial doméstica en este campo, debemos insistir en el hecho de que una mayor determinación y arrojo en torno al delito de genocidio es todavía necesario, puesto que ello no sólo aportaría una mayor claridad respecto de las disposiciones que le son aplicables, sino que además ayudaría a poner fin a trágicos sucesos. Concretamente, es la comunidad internacional la que debe multiplicar sus esfuerzos, a través de contundentes llamamientos junto con eficaces respuestas y consecuencias, en aras de poner fin a la perpetración de actos genocidas³³¹; ésta debe articular, en definitiva, rápidas y efectivas sanciones legales en el instante en el que actos de semejante envergadura tienen lugar -si por el momento resulta una quimera evitar el comienzo de los mismos para cuyo propósito, no hay que olvidar, también fue creada la Convención sobre Genocidio- mediante, entre otras vías, un adecuado y efectivo ejercicio de la jurisdicción universal, ya que -desde nuestro punto de vista- ésta se erige como una herramienta jurídica fundamental para la persecución de graves ilícitos.

³³¹ BARACK OBAMA, presidente de Estados Unidos en el momento en el que recibió el premio Nobel de la paz, el 10 de diciembre de 2009, subrayó que la perpetración de graves hechos como consecuencia de una vulneración de la normativa del Derecho Internacional requiere unión por parte de la comunidad internacional, así como la adopción de las medidas necesarias para que los referidos actos no vuelvan a repetirse: «Those who claim to respect international law cannot avert their eyes when those laws are flouted. (...) The same principle applies to those who violate international law by brutalizing their own people. When there is genocide in Darfur, systematic rape in Congo or repression in Burma -there must be consequences. And the closer we stand together, the less likely we will be faced with the choice between armed intervention and complicity in oppression». El discurso se encuentra disponible en: <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/text-of-obamas-nobel-peace-prize-speech-1837669.html>

b. Crímenes contra la humanidad

Tras los juicios de Nüremberg se abordó la ardua tarea de definir los crímenes contra la humanidad y el resultado coincidió en gran medida con la consideración que de ellos se tenía desde hacía varias décadas. Aunque los delitos contra la humanidad han sido fundamentalmente el *apartheid* y la esclavitud, otros nuevos han sido añadidos a esta lista a lo largo del tiempo.

Así, el artículo 18 del Proyecto de Código de 1996 hace referencia a los siguientes actos considerados como crímenes contra la humanidad: asesinato³³²; exterminio³³³; tortura³³⁴; sujeción a esclavitud³³⁵; persecución por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos³³⁶; discriminación institucionalizada por motivos raciales, étnicos o religiosos que suponga la violación de los derechos y libertades fundamentales y entrañe graves desventajas para una parte de la población³³⁷; deportación o traslado forzoso³³⁸; encarcelamiento arbitrario³³⁹; desaparición forzada de personas³⁴⁰; violación,

³³² El asesinato se reconoce como un crimen contra la humanidad en la Comisión de la Conferencia de Paz de 1919. La CDI en su comentario al artículo 18 explica que el asesinato «es un crimen claramente tipificado y bien definido en la legislación nacional de todos los Estados». La definición del tipo penal de asesinato como crimen contra la humanidad hace referencia, entre otros, a los asesinatos extrajudiciales (éstos se corresponden con las matanzas ilegales y deliberadas llevadas a cabo por orden de un gobierno o con su complicidad).

³³³ Se trata de un crimen dirigido a un número elevado de personas. El mismo exige la concurrencia de un elemento indispensable: la destrucción masiva de personas. De ello se deduce una estrecha relación con el delito de genocidio aunque éste -según el párrafo 8 del comentario al artículo 18 realizado por la CDI- comprende los casos en los que no se comparten características comunes.

³³⁴ La definición de tortura aparece contenida en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes. Fue reconocida por primera vez como crimen contra la humanidad en la Ley 10 del Consejo de Control aliado de 20 de diciembre de 1945.

³³⁵ La esclavitud se incluyó en el Estatuto de Nüremberg. La CDI la define como el establecimiento o el mantenimiento a personas «en condiciones de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso contrarias a las normas bien establecidas y ampliamente reconocidas del Derecho Internacional (...)» (ello corresponde al párrafo 10 del comentario que hace la CDI al artículo 18 de su Proyecto).

³³⁶ El rasgo principal de este delito es la denegación de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas. Este tipo de actos pueden adoptar formas muy diversas, tal y como reconoce la Carta de la ONU en su artículo 1 y 55. También lo establece así el precepto 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

³³⁷ Se trata de un delito de discriminación por motivos raciales, étnicos o religiosos que implica una vulneración de los derechos de la persona. Un ejemplo puede ser la adopción de medidas legislativas que conducen a una restricción de derechos. Según la CDI, el acto discriminatorio debe ser cometido en contra de personas pertenecientes a un determinado grupo racial, étnico o religioso; que se aprecie cierto grado de participación activa y, además, que se traduzca en una discriminación y perjuicio grave (ello corresponde al párrafo 12 del comentado artículo 18).

³³⁸ Este delito se refiere tanto a la expulsión del territorio nacional como a su traslado dentro de sus propias fronteras. Obviamente quedan excluidos los traslados por motivos legítimos de salud o de bienestar público.

³³⁹ El encarcelamiento supone toda privación de libertad ejercida de forma arbitraria sobre una persona, es decir: sin el debido y justo desarrollo de un proceso justo. También hace referencia a cualquier otro acto que conlleve una privación de libertad durante un periodo largo de tiempo.

prostitución forzosa y otras formas de abuso sexual³⁴¹; y otros actos inhumanos que menoscaban la integridad física o mental, la salud o la dignidad humana como la mutilación y las lesiones graves³⁴².

Para que este tipo de actos reciban la calificación de crímenes contra la humanidad deben producirse de forma sistemática o en gran escala. Por un lado, la expresión referida a que los actos sean cometidos de "forma sistemática" implica que los mismos deben ser producto de un plan o de una estrategia preconcebida, excluyendo las circunstancias fortuitas o el azar como factores desencadenantes. Por otro lado, la expresión relativa a "en gran escala" implica que los actos delictivos deben dirigirse a un número elevado de víctimas, excluyendo el acto inhumano aislado. No obstante, THIAM, Relator Especial de la CDI entre 1983 y 1995, proclamó que «(...) un acto inhumano cometido contra una sola persona puede constituir un crimen contra la humanidad si se sitúa dentro de un sistema o se ejecuta según un plan, o si presenta un carácter repetitivo que no deja ninguna duda sobre las intenciones de su autor³⁴³». En cualquier caso, basta con que se dé alguno de los dos requisitos anteriormente mencionados para apreciar la perpetración de crímenes contra la humanidad.

De lo anterior se deduce que estos ilícitos deben haberse ideado por un gobierno, organización o grupo político; no es posible que hayan sido cometidos por una sola

³⁴⁰ Aparece regulado en la Convención Internacional sobre Desaparición Forzada de personas. La CDI decidió incluirlo como un delito contrario a la humanidad por su crueldad y gravedad extrema. Este delito fue perpetrado por Adolf Hitler quien emitió el conocido decreto *Nacht und Nebel Erlass* (decreto de Noche y Niebla), el 7 de diciembre de 1941, con la intención de secuestrar a personas sin dar a conocer su paradero a las familias, ya que «la intimidación eficiente y perdurable se consigue solamente con la pena capital o con medidas por las cuales los familiares del criminal y la población no conozcan el destino del criminal». Cfr. *"Crímenes contra la humanidad y crimen organizado en Colombia: Doctrina, jurisprudencia y normas de Derecho Internacional y de Derecho Internacional de Derechos Humanos de obligado cumplimiento para el sistema de justicia colombiano"*, informe elaborado por el Equipo Nizkor, 12 de junio de 2007. Documento disponible en:

<http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/informecol.html>

³⁴¹ Estos delitos constituyen formas de violencia dirigida a la mujer fundamentalmente y, por lo tanto, suponen una vulneración de los actos contemplados en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

³⁴² La CDI admitió la imposibilidad de incluir todo tipo de actos que pudieran considerarse contrarios a la humanidad y, por ello, hizo referencia a "otros delitos" como una forma de expresar determinado tipo de conductas que podrían llegar a recibir tal calificación, sin necesidad de que aparecieran expresamente mencionadas en el citado documento.

³⁴³ Cfr. THIAM, D., "Seventh report on the draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind", Sesión número 41 de la CDI (documento A/CN.4/419 & Corr.1 and Add.1), 1989, pág. 88. Documento disponible en la página web de la ONU:

http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_419.pdf

«(...) an inhuman act committed against a single person may also constitute a crime against humanity if it is part of a system, or is carried out according to a plan, or has a repetitive nature which leaves no doubt as to the intentions of the author».

persona o por un grupo reducido de personas con escasa influencia. Se trata, pues, de evitar que una persona que comete un simple y aislado acto inhumano -atendiendo a su propia iniciativa y siguiendo su propio plan criminal- sea castigado por haber cometido un crimen de lesa humanidad.

Siguiendo con la enumeración de los requisitos que se erigen como determinantes a la hora de apreciar la comisión de este tipo de crímenes, hay que destacar que éstos no tienen por qué tener lugar durante el desarrollo de un conflicto armado -a pesar del contenido del artículo 5 del TPIY³⁴⁴ y del Estatuto de Núremberg que sí establecían dicha conexión-. Así, el artículo 3 del Estatuto del TPIR³⁴⁵ no exige el requisito de la concurrencia de un conflicto armado internacional o nacional para determinar la existencia de un acto de lesa humanidad. Sin embargo, el citado precepto indica que es necesario que el ilícito en cuestión se cometa en contra de cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso.

Sea como fuere, en torno a los crímenes de lesa humanidad han existido dificultades generadas, principalmente, por el escaso respaldo estatal. Ello contrasta, por ejemplo, con el característico amparo proporcionado al delito de genocidio -cuyo reconocimiento se produjo en 1948 y cuyo respaldo, desde entonces, ha sido indudable-. Gran parte de este problema, como diría SÁNCHEZ LEGIDO, se debe a que la existencia de estos crímenes es básicamente consuetudinaria³⁴⁶ y porque «cuando se ha procedido a su definición general por vía convencional o institucional, ha sido a los exclusivos efectos de determinar la competencia *ratione materiae* de tribunales penales internacionales³⁴⁷». El citado autor señala que las disposiciones del Convenio sobre la

³⁴⁴ Documento disponible en la página web del TPIY:

http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf

³⁴⁵ Documento disponible en la página web del TPIR:

<http://69.94.11.53/ENGLISH/basicdocs/statute/2007.pdf>

³⁴⁶ Así opina también CHERIF BASSIOUNI: «(...) no existe convención especializada para crímenes contra la humanidad». Cfr. CHERIF BASSIOUNI, M., *Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea*, VJILA, ob. cit., pág. 32.

³⁴⁷ Cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, ob. cit., pág. 197 y 198. Es cierto que la persecución de los crímenes contra la humanidad se ha realizado fundamentalmente a través de la costumbre internacional. Sin embargo, por regla general, las jurisdicciones internas se han mostrado reticentes en basar sus decisiones a tenor de lo previsto por el Derecho Internacional consuetudinario. Independientemente de la valoración que se pueda hacer en torno a este tipo de decisiones, hay que tener en cuenta que no es plausible por parte de algunos ordenamientos internos aceptar automáticamente las normas consuetudinarias. Hay países que prevén una recepción directa, frente a otros muchos que exigen un instrumento en virtud del cual las citadas normas puedan aplicarse internamente; ello, como no podía

imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad³⁴⁸ -cuyas disposiciones fueron pensadas para evitar que los grandes criminales de guerra nazis encontraran refugio en otros Estados- han establecido no sólo la imprescriptibilidad de dichos crímenes, sino también la obligación de los Estados parte de adoptar las medidas necesarias para procurar la extradición de los presuntos culpables. Este Convenio no menciona los títulos de jurisdicción aplicables a la persecución y sanción de tales crímenes por parte de los órganos judiciales domésticos³⁴⁹. No obstante, la imprescriptibilidad de estos delitos, aun cuando no constituyan una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos, lleva a la doctrina -a tenor del artículo 1- a reconocer la «virtualidad de la jurisdicción universal respecto de [éstos]³⁵⁰».

SÁNCHEZ LEGIDO afirma que, sin descartar del todo la anterior interpretación, es posible hacer lecturas no tan favorables y, por tanto, no tan propensas a reconocer la aplicación de la justicia universal sobre los crímenes de lesa humanidad³⁵¹. A su modo de ver, la falta de criminalización estatal no impide que otro Estado asuma su competencia para perseguirlos por medio de otros títulos jurisdiccionales que así lo permitan. No obstante, el artículo 1 del citado Convenio puede -según su opinión- evitar que la licitud de actos graves conforme a la legislación interna del Estado en el que acontecen sea un obstáculo para su enjuiciamiento posterior por parte de éste. En todo caso, el autor citado nos recuerda que la única obligación que prescribe el Convenio es que los Estados parte deberán adoptar las medidas oportunas «(...) con el fin de hacer

ser de otro modo, influye en la consideración que se tiene sobre el crimen contra la humanidad, puesto que su base es esencialmente consuetudinaria.

³⁴⁸ *Vid. Supra*. Nota 144.

³⁴⁹ De hecho, la falta de contundencia del referido Convenio contribuye a que la mayoría de los procesos ventilados en tribunales internos limiten la aceptación de estos crímenes cuando no se encuentran expresamente previstos en su legislación interna. El asunto *Javor* finalizó con la falta de competencia de los tribunales nacionales debido a la ausencia de criminalización en la legislación francesa del delito que está siendo aquí analizado. Algo parecido ocurrió en Holanda con el asunto *Bouterse*. Dicho asunto supuso la detención de Desiré Delano Bouterse, teniente coronel de Surinam, quien tras un golpe de Estado en 1980 ordenó la tortura y ejecución de 15 opositores en Paramaribo. La acusación basó sus argumentos en reconocer que el Derecho Internacional consuetudinario legitimaba a un Estado, bajo el ámbito del principio de jurisdicción universal, a acusar a una persona de haber cometido un crimen contra la humanidad. Sin embargo, en el citado país no fue posible aplicar normas no escritas, puesto que así lo establecía el artículo 16 de su Constitución. Así pues, el principio de legalidad penal excluyó en ambos casos la jurisdicción universal sobre los crímenes contra la humanidad.

³⁵⁰ *Cfr.* SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 199.

³⁵¹ A este respecto, CHERIF BASSIOUNI declara: «(...) no puede decir[se] que existe una ley convencional que establezca la **jurisdicción universal** para "crímenes contra la humanidad". *Cfr.* CHERIF BASSIOUNI, M., *Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea*, *VJILA*, *ob. cit.*, pág. 32.

posible la extradición, de conformidad con el derecho internacional (...)»³⁵², por lo que la «irrelevancia de la criminalización interna en el momento de la comisión se dirige a impedir que, por falta del requisito (...) *nullum crimen sine lege*, el Estado requerido niegue la extradición al Estado del territorio»³⁵³.

Asumiendo, pues, la difícil condición del referido crimen a nivel internacional, conviene hacer especial hincapié en la práctica judicial de los Estados con la intención de sacar mayores conclusiones respecto a una posible utilización del principio de universalidad. Así, en algunos asuntos -aunque no en muchos- se ha reconocido su carácter universal. Uno de ellos es el asunto *Eichmann*³⁵⁴. Sin duda, éste se configura como uno de los primeros antecedentes claros en la aplicación del principio de universalidad sobre los citados delitos. Otro ejemplo es el relativo a las actuaciones belgas en torno al asunto *Pinochet*.

En este último asunto, el aparato judicial belga se mostró favorable a la solicitud de extradición del general Augusto Pinochet en la medida en que entendió que, al margen de consideraciones de naturaleza interna, ciertos crímenes -como los de lesa humanidad- se ven "afectados" por la aplicación del principio de jurisdicción universal. El Auto dictado -en noviembre de 1998- por el juez VANDERMEERSCH establecía que: «(...) la tipificación de los crímenes de lesa humanidad se encuentra consagrada en el Derecho Internacional, [por lo que] debe considerarse directamente aplicable en nuestro ordenamiento jurídico interno»³⁵⁵. Asimismo, añadía que: «el Derecho Internacional consuetudinario es una fuente de derecho internacional, así como el Tratado y puede aplicarse directamente en el orden jurídico belga»³⁵⁶. Como era de esperar, las conclusiones del juez de instrucción del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas trajeron consigo una fuerte polémica, motivando además la modificación de la ley belga -el 10 de febrero de 1999- con el propósito de incluir directamente los crímenes contra la humanidad.

³⁵² Artículo 2 del Convenio sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

³⁵³ Cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, ob. cit., pág. 200.

³⁵⁴ Vid. *Supra*. Nota 65.

³⁵⁵ Documento disponible en: <http://www.ulb.ac.be/droit/cdi/fichiers/OrdonnanceVdm.html>

«(...) l'incrimination de crime contre l'humanité, telle que consacrée en Droit international, doit être considérée comme applicable directement dans notre ordre juridique interne».

³⁵⁶ *Ibidem*. «Le droit coutumier international est une source de droit international au même titre que le traité et elle peut s'appliquer directement dans l'ordre juridique belge».

Es curioso como un mismo asunto puede ser tratado de tan diversa manera en función de la interpretación que se haga de la normativa internacional e interna por parte de los órganos judiciales de un país. El asunto *Pinochet* fue también objeto de valoración por parte del Reino Unido y, sin embargo, sus tribunales se pronunciaron en el sentido inverso a lo declarado por los jueces belgas. Así, la Cámara de los Lores decidió, en opinión mayoritaria, la imposibilidad de asumir la competencia británica ante la ausencia de una normal legal doméstica que pusiera de relieve la conexión entre crímenes de lesa humanidad y el principio de jurisdicción universal. Lord Millet fue el único capaz de admitir la validez del Derecho Internacional consuetudinario en torno al establecimiento del principio de jurisdicción universal sobre los citados crímenes³⁵⁷.

En España, el asunto *Pinochet* recibió un trato totalmente diferente con respecto a los otros países mencionados. Se rechazó la posición belga, ya que no se admitió la posibilidad de aplicar el principio de jurisdicción universal sobre crímenes de lesa humanidad por el mero hecho de que estuvieran recogidos en el Derecho Internacional consuetudinario. Como era de esperar, nuestro ordenamiento jurídico no encontró normas legales que establecieran una mención expresa a dichos crímenes y ello propició -para sorpresa de muchos- la aplicación del delito de genocidio, a pesar de que las conductas delictivas del general Augusto Pinochet se subsumían perfectamente en el otro tipo penal.

Consecuentemente, el asunto *Pinochet* depurado en Bélgica fue, en su momento, toda una excepción³⁵⁸, puesto que el criterio imperante en torno a este tipo de cuestiones consistió en alegar la falta de competencia estatal ante la ausencia de una previsión legal interna. SÁNCHEZ LEGIDO puntualiza que la mayoría de los países se han mostrado escépticos en reconocer el principio de jurisdicción universal cuando se produce una falta de criminalización interna en relación con los crímenes contra la humanidad; no

³⁵⁷ Al hilo de la opinión vertida por Lord Millet, REMIRO BROTONS considera que los «(...) tribunales ingleses tienen, y siempre han tenido, jurisdicción penal extraterritorial respecto de crímenes atraídos a una jurisdicción universal conforme al Derecho Internacional consuetudinario». Cfr. REMIRO BROTONS, A., *Los crímenes de Derecho Internacional y su persecución judicial*, Cuadernos de Derecho Judicial, ob. cit., pág. 89.

³⁵⁸ Así lo expresa FERNÁNDEZ PONS cuando pone de relieve lo siguiente: «el ejemplo jurisprudencial y legislativo belga es excepcional, lo que explica que ante dicha jurisdicción [...] se hayan presentado numerosas denuncias por crímenes de Derecho internacional imputables a los individuos, llegándose a considerar como una suerte de “laboratorio” para la Corte Penal Internacional, no exento, por otra parte, de dificultades». Cfr. FERNÁNDEZ PONS, X., "Principio de legalidad penal y la incriminación internacional del individuo", REEI, nº 5, 2002, págs. 17 y ss.

obstante, se muestra optimista pues los argumentos negativos plasmados en este tipo de procesos si bien no reconocen el citado principio tampoco rechazan su vigencia³⁵⁹.

De conformidad con los párrafos anteriores, es evidente que la aprobación del artículo 7 del Estatuto de la CPI fue una cuestión relevante, ya que a partir de entonces se produjo el reconocimiento progresivo de los delitos contra la humanidad en las normativas internas de numerosos países³⁶⁰. Ese fue el caso de España que, tras ratificar el Estatuto de la CPI en 2002, los incluyó en el Código Penal a través del artículo 607 *bis*.

Más allá del complejo tratamiento jurídico que recibe el comentado crimen, existe -desde un punto de vista más controvertido- otra cuestión que gira ineludiblemente en torno al mismo y es la confabulación o connivencia por parte del Estado para que este tipo de conductas criminales tengan lugar. Es necesario tener presente que los crímenes de lesa humanidad, aunque son cometidos por individuos, se ven "acompañados" de una más que probable política estatal de tolerancia, participación o, quizá, de simple indiferencia para con los mismos. La participación -directa o indirecta- del Estado como uno de los elementos que componen de alguna manera los crímenes contra la humanidad, nos lleva a la conclusión de que su perpetración implica la comisión a su vez de crímenes de Estado³⁶¹.

Pese a las complicaciones intrínsecas de los crímenes contra la humanidad y la difícil tarea de desenmascararlos ante la inevitable presencia del elemento estatal, resulta adecuado traer a colación el voto razonado del juez CANÇADO TRINDADE de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)³⁶², emitido a raíz de la Sentencia de 22 de

³⁵⁹ Vid. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, ob. cit., pág. 221.

³⁶⁰ Ejemplos de modificaciones legales internas -llevadas a cabo con el objeto de incorporar a su ordenamiento jurídico el Estatuto de Roma- en torno a crímenes contra la humanidad son, entre otras, las realizadas por Canadá y Nueva Zelanda. El artículo 4 y 7 de *Crimes Against Humanity and War Crimes Act* del año 2000 prevé la jurisdicción de Canadá sobre dichos crímenes. Documento disponible en:

<http://www.iccnw.org/documents/Canada.CrAgH.WcrEng.pdf>

El artículo 10 de *International Crimes and International Criminal Court Act* del año 2000 es el precepto que determina la competencia de los tribunales neozelandeses sobre los crímenes contra la humanidad. Documento disponible en:

<http://www.google.com/search?hl=es&client=safari&rls=en&ei=BCEWS5qWA8qZjAf85vyKBg&sa=X&oi=spell&resnum=0&ct=result&cd=1&ved=0CBMQBSgA&q=international+crimes+and+international+criminal+court+2000+new+zealand&spell=1>

³⁶¹ Los crímenes de Estado, como no podía ser de otro modo, se caracterizan por ser previamente meditados con sumo cuidado para lograr el fin que se proponen.

³⁶² Documento disponible en la página web de la CIDH:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf

septiembre de 2006 (asunto *Goiburú y otros c. Paraguay*), ya que pone de relieve ciertos aspectos relevantes: «(...) la tipificación de los crímenes contra la humanidad es una gran conquista contemporánea, abarcando [...] no sólo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sino también el Derecho Penal Internacional³⁶³, al reflejar la condenación universal de violaciones graves y sistemáticas de derechos fundamentales e inderogables, o sea, de violaciones del *jus cogens*; de ahí la no-aplicabilidad, en casos de su ocurrencia, de los llamados *statutes of limitations* propios de los sistemas jurídicos internos o nacionales³⁶⁴». El juez añade que: «la configuración de los crímenes contra la humanidad es [...] una manifestación más de la conciencia jurídica universal, de su pronta reacción contra crímenes que afectan a la humanidad como un todo³⁶⁵».

Tras la lectura de esta opinión, cabe decir que, si bien es cierto que los crímenes contra la humanidad se han topado con grandes obstáculos a la hora de articular el principio de justicia universal, también lo es el hecho de que recientes procedimientos judiciales se han mostrado favorables a propiciar su aplicación independientemente de cualquier circunstancia. Éste es, entre otros, el célebre caso del asunto *Scilingo* ventilado ante las autoridades judiciales españolas. Como un breve adelanto de cuestiones que serán posteriormente abordadas, debe resaltarse el hecho de que este proceso constituye la primera aplicación práctica del referido tipo penal en España por medio de la articulación del principio de universalidad. Como no podía ser de otro modo, los órganos judiciales españoles se encontraron durante el proceso con fuertes obstáculos formales y materiales derivados del comentado carácter consuetudinario de estos crímenes que, lógicamente, chocaron con el principio de legalidad basado en la máxima *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. Sin embargo, la Audiencia Nacional entendió que estos crímenes se basan en una serie de normas consuetudinarias que presentan un alcance general y, por consiguiente, consideró viable su aplicación de conformidad con el Derecho Internacional. Así pues, siete años después del proceso *Pinochet*, parecieron superarse en España los problemas que tradicionalmente han provocado los crímenes contra la humanidad de acuerdo con las premisas establecidas por el Derecho Internacional.

³⁶³ En opinión del jurista citado, los crímenes contra la humanidad confluyen en el ámbito que comparten el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de los derechos humanos, argumentando que tradicionalmente se encontraban vinculados a los conflictos armados.

³⁶⁴ Véase el párrafo 41 del documento citado en la nota 362.

³⁶⁵ *Ibidem*.

c. Crímenes de guerra

Los crímenes de guerra son los crímenes mejor definidos por el Derecho Internacional. Los Estatutos de Nüremberg hacen una enumeración extensa -aunque no taxativa- de los mismos; y los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977 desempeñan un importante papel en este campo. Concretamente, el artículo 1 común de los referidos Convenios hace referencia a los conflictos armados e impone la obligación de hacer respetar las normas humanitarias durante este tipo de situaciones conflictivas. Se trata, en definitiva, de que exista control y contención sobre un conflicto armado con la intención de disminuir el daño y promover el enjuiciamiento de las conductas delictivas cometidas en este ámbito.

La característica singular de este delito es que debe tener lugar durante un conflicto armado. Si son dos o más Estados los contendientes se tratará de un conflicto armado internacional y, por el contrario, presentará una dimensión interna cuando sean los poderes o las distintas facciones de un Estado los que entren en disputa. En este sentido, el Protocolo Adicional I se refiere a los conflictos armados internacionales y el Protocolo Adicional II de 1977 hace referencia a los conflictos armados no internacionales. Éste último instrumento fue, en su momento, el único encargado de regular los derechos de las víctimas de los conflictos armados no internacionales, aunque no estableció ninguna sanción por violación de normas relacionadas con conflictos de semejante envergadura³⁶⁶.

En cualquier caso, son los Estatutos del TPIY y del TPIR los que regulan a fondo la cuestión relativa a los crímenes de guerra. Así, el Estatuto del TPIY hizo una distinción entre violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y violaciones de las leyes y costumbres de guerra contenidas en el Convenio de La Haya de 1907; y el del TPIR introdujo como aspecto novedoso la referencia a los conflictos armados internos «al disponer [su] competencia (...) respecto de, entre otros crímenes, las "violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional

³⁶⁶ SÁNCHEZ LEGIDO determina que la consideración de las violaciones del Derecho Internacional humanitario en conflictos internos como crímenes de guerra es más o menos actual. La noción de crímenes de guerra surge tras el final de la Segunda Guerra Mundial en un «contexto de conflagración internacional». Cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, ob. cit., pág. 146. Asimismo: Vid. BOLLO AROCENA, M. D., *Derecho Internacional Penal...*, ob. cit., pág. 180.

II de los Convenios"³⁶⁷». Ambos Estatutos, así como el del Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL), establecieron -en su correspondiente primer artículo- su competencia para conocer y juzgar delitos graves que implicaran una violación del Derecho Internacional humanitario.

Obviamente, el Estatuto de Roma hace también mención a los crímenes de guerra en su artículo 5 c) para, posteriormente, definirlos en su artículo 8. Este precepto distingue entre a) infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949; b) violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos internacionales dentro del marco del Derecho Internacional; c) violaciones que sin incurrir en conflictos internacionales conllevan una vulneración del artículo 3 común de los citados Convenios; y d) infracciones que sin ser de índole internacional se desarrollan de forma prolongada «entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos». Se excluyen de este precepto los actos aislados de violencia. A modo de aclaración, la extensa enumeración de actuaciones que recoge el Estatuto de Roma fue realizada previamente, en 1996, a través del artículo 20 del Proyecto de la CDI³⁶⁸. Este precepto que hace mención directa al Derecho Internacional humanitario como un elemento que forma parte de los crímenes de guerra -ya estemos ante conflictos armados internacionales o internos-, establece la necesidad de que sean cometidos de manera sistemática o en gran escala para que constituyan un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad³⁶⁹.

Actualmente, el crimen de guerra es, del conjunto de ilícitos internacionales, el que está previsto en la mayoría de los tratados internacionales que en su día codificaron el Derecho Internacional consuetudinario³⁷⁰. Tanto las violaciones graves de las normas consuetudinarias como la infracción de las escasas disposiciones insertadas en los

³⁶⁷ Cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, ob. cit., pág. 147.

³⁶⁸ Conviene aclarar que el asunto *Tadic* -en el que se concluyó que los crímenes de guerra constituían una violación clara del Derecho Internacional humanitario- y el Estatuto del TPIR ejercieron una notable influencia en el contenido del artículo 20 del Proyecto de Código, así como en el artículo 8 del Estatuto de la CPI.

³⁶⁹ Se dispuso así el contenido del artículo 20 porque se pensó que los crímenes de guerra eran los ilícitos más graves en la escala de los delitos internacionales. Precisamente por esta razón se le añadieron una serie de requisitos que le dotaban de una connotación especialmente grave.

³⁷⁰ OLLÉ SESÉ considera que los Convenios de Ginebra y sus dos Protocolos adicionales constituyen el derecho consuetudinario de los conflictos armados; y la violación de esta normativa, así como de las Leyes y Costumbre de la Guerra Terrestre, supone la perpetración de crímenes internacionales de naturaleza *ius cogens*. Vid. OLLÉ SESÉ, M., "El principio de jurisdicción universal: Antecedentes históricos", *Justicia universal para los crímenes internacionales*, Ed. La Ley, Madrid, 2008, pág. 101.

tratados sobre dichos ilícitos vinculan a las partes durante un conflicto armado³⁷¹. Además, conviene tener presente que toda violación grave del Derecho Internacional humanitario constituye hoy en día un crimen de guerra; crimen sobre el que existe la opinión generalizada de que le resulta aplicable el principio de universalidad.

La aplicación de este principio a los referidos crímenes ha sido concretado en un estudio del CICR sobre normas consuetudinarias del Derecho Internacional humanitario³⁷². Concretamente, la regla 157 indica que: «Los Estados tienen derecho a conferir a sus tribunales nacionales jurisdicción universal en materia de crímenes de guerra³⁷³». Conforme a esta regla, se deriva la posibilidad de que las legislaciones domésticas incorporen dicho título jurisdiccional al marco legal de tales crímenes³⁷⁴.

Estados Unidos se ha pronunciado a través de un extenso informe acerca de las cuestiones tratadas en el estudio del CICR y declara que, desde la Segunda Guerra Mundial, se ha preocupado especialmente por luchar contra la impunidad de los crímenes de guerra. Defiende la teoría de que gran parte de sus esfuerzos se han basado en propiciar la celebración de foros proclives a poner el acento en el ejercicio jurisdiccional estatal sobre violaciones graves del Derecho Internacional; y, por supuesto, en impedir la huida de los presuntos responsables, exigiendo a los Estados que

³⁷¹ Conviene tener presente que el fundamento de los crímenes de guerra es esencialmente consuetudinario. Sin embargo, la clara ausencia de disposiciones convencionales que tipifiquen este tipo de «conductas y/o amplíen los títulos más tradicionales de jurisdicción para su represión nacional, no ha impedido (...) que, sobre todo en los últimos años, algunas legislaciones y decisiones judiciales nacionales hayan afirmado la jurisdicción universal en relación con estas conductas». Cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, ob. cit., pág. 149. Es cierto que con el tiempo muchas legislaciones internas han previsto la sujeción de los crímenes de guerra al principio de jurisdicción universal. En la mayor parte de los casos, este fenómeno se ha producido fundamentalmente con la aceptación del Estatuto de Roma y, previamente, con el establecimiento de los tribunales internacionales especiales de la década de los años 90. Anteriormente, pocas fueron las legislaciones que contemplaban dicha posibilidad y si lo hacían, como es el caso de la normativa británica, se referían básicamente a los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial.

³⁷² Vid. "Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario", *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, n° 857, 2005, pág. 46. Documento disponible en la página web del CICR: [http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/htmlall/p0860/\\$File/ICRC_003_0860.PDF](http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/htmlall/p0860/$File/ICRC_003_0860.PDF). Este estudio, en opinión de OLLÉ SESÉ, establece preceptos relativos «(...) al principio de distinción, a personas y bienes especialmente protegidos, a los métodos específicos de guerra, a armamento, al trato debido a civiles y fuera [sic] de combate, y a la implementación o aplicación de las normas de derecho internacional humanitario». Cfr. OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para los...*, ob. cit., pág. 102.

³⁷³ *Ibidem*.

³⁷⁴ OLLÉ SESÉ puntualiza que es ineludible incluir en las legislaciones internas el título de jurisdicción universal cuando se hace referencia a alguna de las infracciones graves de los Convenios (artículos 50, 51, 130 y 147) y del Protocolo I (artículo 85). Consecuentemente, el ejercicio de la jurisdicción universal surge cuando se perpetra alguna de las infracciones previstas en los artículos 50, 51, 130 y 147 de los Convenios, así como respecto de las violaciones establecidas en el artículo 85 del Protocolo I. Vid. OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para los...*, ob. cit., pág. 103.

reduzcan los obstáculos jurisdiccionales que impiden su procesamiento³⁷⁵. Asimismo, indica con cierta vehemencia que la regla 157 no debe ser considerada, bajo ningún concepto, como una disposición perteneciente al Derecho Internacional consuetudinario³⁷⁶. A su entender, no existe ningún Estado que « ejerza la jurisdicción sobre todos los actos citados en la norma 156 como "crímenes de guerra" si no tiene relación con tales actos, ya sea basándose en el principio de territorialidad, de la personalidad activa, de la personalidad pasiva, o de protección³⁷⁷».

Esta posición es contraria a la opinión vertida por el CICR, el cual considera que la práctica de los Estados convierte la regla 157 en una norma de Derecho Internacional consuetudinario³⁷⁸. Aduce, con motivo, que no sólo numerosos países se han inclinado por apoyar su derecho a conferir a sus tribunales jurisdicción universal en materia de crímenes de guerra, sino que ha habido varios casos en los que jueces nacionales han decidido condenar a presuntos criminales sobre la base de la jurisdicción universal, sin que los Estados de su nacionalidad se hayan opuesto al ejercicio de la misma³⁷⁹.

No obstante lo anterior, es cierto lo que argumenta Estados Unidos en relación con los exiguos resultados obtenidos en torno a la aplicación del principio de justicia universal sobre crímenes de guerra por parte de los jueces nacionales. Efectivamente, no

³⁷⁵ Estados Unidos expone sus ideas en junio de 2007 en el informe (número 866) titulado: *Una respuesta del Gobierno de Estados Unidos al estudio sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario del Comité Internacional de la Cruz Roja*. Dicho documento fue realizado por John B. Bellinger y William J. Haynes, asesores del Departamento de Estado y de Defensa norteamericano respectivamente. Documento disponible en la página web del CICR:

[http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/7edpa3/\\$File/irrc-866-Bellinger.pdf](http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/7edpa3/$File/irrc-866-Bellinger.pdf)

³⁷⁶ Entre otras razones, el informe objeta el hecho de que la Cruz Roja no haya distinguido entre las acciones que se derivan de una obligación establecida por un tratado y las que surgen en virtud del derecho internacional consuetudinario. Desde el punto de vista de los redactores del informe, éste y otros errores restan credibilidad a la conclusión de que la norma 157 constituye derecho internacional consuetudinario. *Ibidem*.

³⁷⁷ *Vid. Supra*. Nota 375.

³⁷⁸ *Vid.* HENCKAERTS, J-M., Y DOSWALD-BECK, L., "El derecho internacional humanitario consuetudinario", CICR, Vol. I, Buenos Aires, 2007, págs. 683 y ss. Este documento recoge las normas de derecho internacional humanitario consuetudinario derivadas del estudio que realiza la Cruz Roja, así como los comentarios respectivos. Se encuentra disponible en la página web del CICR:

[http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/pcustom/\\$File/ICRC_003_PCUSTOM.PDF](http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/pcustom/$File/ICRC_003_PCUSTOM.PDF)

³⁷⁹ *Ibidem*. A este respecto, la Cruz Roja trae a colación el asunto ventilado ante la CIJ en virtud del cual la República Democrática del Congo entabló un procedimiento para impugnar una orden internacional de detención emitida por un juez belga contra el ministro congolés de relaciones exteriores. La argumentación de la Cruz Roja se centra en que dicho país no hizo objeción alguna al derecho que tenía Bélgica de atribuirse competencia por medio del principio de jurisdicción universal en materia de crímenes de guerra. Efectivamente, la CIJ se centró en el aspecto de la inmunidad de los jefes de estado y de los ministros de relaciones exteriores y no se pronunció acerca de la cuestión relativa al principio de jurisdicción universal; ello, a nuestro entender, es una consideración poderosa que apoya y fundamenta la subsunción de los crímenes de guerra bajo el marco aplicativo del principio de justicia universal.

han sido numerosos los juicios domésticos celebrados en este ámbito. Una excepción fueron los asuntos *Eichmann* y *Demjanjuk*³⁸⁰ que supusieron el reconocimiento de la aplicación de la jurisdicción universal -por parte de los tribunales israelíes- a los citados ilícitos. Otro asunto más reciente es el de *Klaus Barbie*³⁸¹. En dicho proceso si bien se puso de relieve que no era posible calificar las conductas delictivas perpetradas como crímenes de guerra, sí cabía apreciar una posición encaminada a reconocer la aplicación del principio de universalidad sobre los delitos más graves -al margen de cualesquiera otras consideraciones- que, lógicamente, incluye a éstos. Asimismo, el asunto *Niyonteze*³⁸² nos ilustra acerca de cuál debe ser el compromiso necesario de los Estados para poder juzgar crímenes de guerra por medio del principio de jurisdicción universal. A este respecto, el Presidente del TPIR resalta el gran material y los importantes recursos económicos que deben emplearse para llevar a buen término el mencionado compromiso³⁸³. Además, en el asunto *Kadic c. Karadzic*³⁸⁴ se aprecia la confianza

³⁸⁰ John Demjanjuk emigró a Estados Unidos en 1951. Fue deportado a Israel en 1986 y sentenciado a muerte en 1988 por cometer crímenes de guerra. La sentencia condenatoria se produjo gracias a la intervención realizada por supervivientes judíos que le identificaron como Iván el Terrible. No obstante, la Corte Suprema de Israel albergó dudas razonables acerca de la posibilidad de que éste no fuera "Iván El Terrible". Finalmente, el 2 de abril de 2009, se decidió que Demjanjuk fuera deportado a Alemania para enfrentarse a un nuevo juicio. La Audiencia Nacional de Munich ha acordado suspender temporalmente el juicio por motivos de salud. Información disponible en:

<http://www.diariovasco.com/20091202/rc/mas-actualidad/internacional/aplazan-juicio-contra-ivan-200912021228.html>

³⁸¹ Klaus Barbie Altman, que fue un alto oficial de las SS y de la Gestapo durante la Segunda Guerra Mundial, se ganó el apodo de "El Carnicero de Lyon". Se trasladó a Bolivia después de la Guerra y tras una polémica extradición a Francia, el Tribunal Supremo francés le condenó a cadena perpetua. El tribunal declaró, en su Sentencia de 20 de diciembre de 1985, que un crimen de guerra podía ser también considerado como un crimen contra la humanidad. No obstante, no fue posible acusarle de crímenes de guerra. De todos modos, sí fue procesado por crímenes de lesa humanidad en la medida en que el asunto no sólo incumbía a la legislación francesa, sino que los hechos en los que incurrió Barbie quedaban sujetos a una orden penal internacional que primaba sobre cualquier otra consideración.

³⁸² Este asunto constituyó la primera acción legal ejercitada por un tribunal doméstico no ruandés que pretendía enjuiciar los trágicos hechos acontecidos durante la década de los años 90 en Ruanda. Fulgence Niyonteze compareció ante un órgano judicial militar suizo por ser éste el competente en el ámbito de los crímenes de guerra. En 1999, fue condenado a cadena perpetua por los asesinatos cometidos en Mushubati. Un año después, la corte de apelación redujo la condena a 14 años y emitió una declaración de no competencia respecto de asuntos cuyas acciones legales se encontraran dirigidas a personas extranjeras en el extranjero y en un momento en el que Suiza no se encontrara en guerra. Sea como fuere, la corte de apelación suiza consideró que los crímenes de guerra tenían su base en las Convenciones de Ginebra y en su Protocolo Adicional. Más tarde, la corte militar de casación confirmó esta última condena de 14 años. Sin embargo, Niyonteze obtuvo su libertad condicional el 29 de diciembre de 2005 y el 11 de septiembre de 2006 se decretó su deportación. Lo fundamental de este asunto es que los órganos judiciales suizos decidieron que los crímenes cometidos en Ruanda podían subsumirse bajo el marco de las violaciones contempladas en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, configurándose así como crímenes sujetos al principio de jurisdicción universal.

³⁸³ Así se expuso en el documento titulado: *African Perspectives on Universal Jurisdiction for International Crimes*, elaborado del 18 al 20 de octubre de 2002, en Arusha, Tanzania, por el juez Navanethem Pillay, presidente del TPIR. Documento disponible en la página web del TPIR: <http://69.94.11.53/ENGLISH/speeches/pillay201002.htm>

depositada en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra en virtud del cual los crímenes de guerra son universalmente condenables, independientemente de que el responsable sea o no un Estado³⁸⁵. Todos ellos son, pues, excepciones a los nimios resultados obtenidos a lo largo de los años respecto de la aplicación del principio de universalidad a los crímenes de guerra.

Por lo tanto, sabiendo la complejidad existente en torno a la aplicación del principio de justicia universal sobre los crímenes de guerra -fundamentalmente derivada de la escasa práctica judicial-, resulta apropiado traer a colación la Resolución aprobada en agosto de 2005 -por el Instituto de Derecho Internacional- sobre la Jurisdicción Universal en Materia Penal con respecto al Crimen de Genocidio, Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra³⁸⁶. Esta resolución señala que en el caso de crímenes graves -como es el crimen de guerra- si un Estado tiene la custodia del responsable, deberá tener en cuenta consideraciones de diversa índole que le permitan, quizá, hacer uso del principio de universalidad. De ello parece deducirse la consagración convencional de los crímenes más graves que afectan a la comunidad internacional, así como la irremediable incidencia que tiene el principio de universalidad sobre todos ellos. Como afirma SALINAS BURGOS, el genocidio, los crímenes de guerra, así como los crímenes contra la humanidad, han «pasado a integrar el corpus del Derecho Internacional General, constituyendo una adecuada solución a fin de, por una parte, resguardar la soberanía e independencia estatal y, por la otra, impedir la impunidad respecto de estos graves crímenes tipificados por el orden jurídico internacional³⁸⁷».

³⁸⁴ Estados Unidos aceptó la jurisdicción civil en este asunto con la intención de dar respuesta a las reclamaciones formuladas por los bosnios que sufrieron actos de genocidio en la década de los años 90. Todo ello se llevó a cabo por medio de la *Alien Tort Claims Act* de 1789 en la medida en que resultaba aplicable a las violaciones contenidas en el artículo 3 común de los Convenios de 1949. Documento disponible en: <http://www.uniset.ca/other/cs5/70F3d232.html>

³⁸⁵ Vid. POSNER, T., "Kadic v. Kradzic", AJIL, Vol. 90, nº 4, 1996, pág. 658.

³⁸⁶ Vid. *Supra*. Nota 95.

³⁸⁷ Cfr. SALINAS BURGOS, H., *ob. cit.*, pág. 131.

d. Crimen de agresión

El delito de agresión es un delito especialmente complejo sobre el que no ha existido consenso en torno a su definición hasta fecha muy reciente y de ahí que se haya caracterizado por recibir un trato diferente con respecto a los demás crímenes internacionales. No obstante, son muchas las posiciones que han abogado por otorgarle un papel fundamental en el diverso y plural elenco de graves hechos ilícitos que componen el panorama internacional. Así pues, no es de extrañar que algunos lo consideren como la piedra angular sobre la que debería articularse el principio de universalidad al entender que es él y no otro delito el que da sentido y dirección a la posición que defiende la persecución a ultranza de graves conductas. La afirmación anterior tiene su base en la idea de que si los tribunales internacionales y/o internos tuvieran efectiva capacidad para conocer y juzgar los delitos de agresión, existiría competencia sobre el crimen más importante que indudablemente englobaría otros muchos; constituiría, en definitiva, un paso clave en la efectiva represión de actos abominables que, sin lugar a dudas, suelen acontecer durante el transcurso de las guerras y que, de un modo u otro, afectan a la totalidad de la comunidad internacional.

En todo caso, para comprender lo recientemente expuesto hay que retrotraerse a los antecedentes más lejanos del referido ilícito y avanzar hasta la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma en Kampala -celebrada durante el mes de junio de 2010- en la que se fijaron las bases del mismo³⁸⁸.

Remontándonos, pues, a los orígenes del delito de agresión, fue con la Primera Guerra Mundial cuando comenzaron a emitirse denuncias por parte de los Estados ante la comisión de este tipo de actos delictivos. Ello ocurrió, por ejemplo, cuando Turquía agredió a la minoría armenia en 1915³⁸⁹ o cuando Alemania atacó a Bélgica³⁹⁰. En 1919,

³⁸⁸ Documento disponible en: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-SPA.pdf

³⁸⁹ Cuando estalló la Primera Guerra Mundial, en 1914, a Turquía se le presentó la ocasión perfecta para resolver el problema que tenía años atrás con Armenia. En esos momentos, la principal batalla europea se desarrollaba en el centro del continente, lo que llevó al país otomano a atacar a los armenios mientras que la "mirada crítica" quedaba fija en el otro punto del continente europeo. Ello explica, entre otras circunstancias, la escasa atención recibida sobre los sangrientos ataques turcos realizados a comienzos de 1915. Sin embargo, más adelante, se constató la cruenta matanza que dicho país estaba llevando a cabo por medio, entre otros, de la labor periodística del diario *New York Times*, cuyos titulares eran los siguientes: "*Armenians Are Sent to Perish in the desert*", "*Turks Accused of Plan to Exterminate Whole Population*", "*Millions Armenians Killed or in Exile*", etc.

³⁹⁰ Durante los primeros meses de la Primera Guerra Mundial, los crímenes más graves fueron los ataques cometidos por los alemanes contra los belgas. El entonces canciller alemán, Theobald von Bethmann Hollweg, declaró que el Tratado de Londres de 1839 -en virtud del cual se garantizaba la neutralidad belga- no era más que un *scrap paper*, es decir: un papel vacío de contenido.

durante la celebración de la Preliminar Conferencia de Paz, se acordó la depuración de ciertas responsabilidades ante la comisión de ilícitos graves cometidos durante los años anteriores. Posteriormente, el Tratado de Versalles -que puso fin a la Primera Guerra Mundial- supuso la acusación formal del Kaiser alemán Guillermo II de Hohenzollern ante el alto tribunal de los aliados³⁹¹. Debido a que no se consideró apropiado acusarle por crimen de agresión, el artículo 227 del Tratado de Versalles expresó la idea de que fuera juzgado por la «suprema ofensa contra la moralidad internacional y la santidad de los tratados»³⁹². Pese a todo, el Kaiser alemán jamás fue juzgado; por el contrario, encontró asilo en Holanda y jamás fue extraditado³⁹³.

Según la opinión de algunos autores, el motivo por el que el jefe de estado de Alemania no fue finalmente acusado por agresión se debió a que dicho crimen no había sido objeto de una tipificación criminal previa. De todos modos, ello no fue un obstáculo para que se formularan las recomendaciones pertinentes con el objeto de que la agresión fuera moralmente condenable, subrayando la idea de que la perpetración en el futuro de este tipo de ultrajes debía conllevar la oportuna sanción³⁹⁴. Sea como fuere, algunos alemanes fueron juzgados en Leipzig bajo el beneplácito de las potencias vencedoras. Cabe decir que fueron pocas las personas juzgadas, pero la celebración de los juicios -al margen del número de las condenas- supuso la manifestación pública de que a partir de ese momento determinados crímenes no sólo se erigían contrarios al Derecho Internacional, sino que, además, presentaban una clara vocación de ser perseguidos y castigados. No obstante, FERENCZ considera que «el fiasco de Leipzig [...] indicó la necesidad de mejorar el sistema internacional de justicia»³⁹⁵.

Sea como fuere, tras el final de la Primera Guerra Mundial y en aras de promover la paz, se creó la conocida Sociedad o Liga de Naciones cuyo objetivo fundamental fue erigirse como un organismo internacional que pretendía actuar como

³⁹¹ Documento disponible en: <http://www.firstworldwar.com/source/versailles.htm>

³⁹² *Ibidem*. «A supreme offense against international morality and the sanctity of treaties».

³⁹³ *Vid.* FRAIDENRAIJ, S., "La Corte Penal Internacional y el Derecho Internacional humanitario", en: CORCUERA CABEZUT, S., Y GUEVARA BERMÚDEZ, J. A. (compiladores), *Justicia Penal Internacional*, Ed. Universidad Iberoamericana, México, 2001, pág. 86.

³⁹⁴ *Vid.* FERENCZ, B., "International Crimes against peace", 1960; documento disponible en: <http://www.benferencz.org/index.php?id=4&article=23>

«It was recommended, however, that aggression should be morally condemned and that in the future such grave outrages against the principles of international law should be punished».

³⁹⁵ *Ibidem*. «The fiasco at Leipzig pointed to the need for an improved system of international justice».

garante de la paz y la seguridad internacional³⁹⁶. En febrero de 1920, la *League's advisory Committee of Jurists* puso de relieve la posibilidad de constituir una corte internacional de justicia que tuviera encomendada la función de juzgar crímenes contra la humanidad³⁹⁷. Como no podía ser de otro modo, la creación de dicha corte sin la consiguiente elaboración de un código criminal que recogiera los ilícitos penales sobre los que tendría competencia, convertía aquella propuesta en una cuestión excesivamente prematura. Sin embargo, se puso sobre la mesa la posibilidad de que los autores responsables de cometer hechos delictivos graves, como el delito de agresión, pudieran ser algún día juzgados ante un tribunal preparado al efecto bajo una regulación concreta y precisa.

En 1923, el borrador del Tratado de Asistencia Mutua proclamó por medio de su primer artículo que la guerra de agresión constituía un crimen internacional. Dicho borrador fue remitido a 29 Estados y la mitad de ellos estuvieron conformes con su contenido. Sin embargo, la principal objeción surgía en torno a la definición de los actos de agresión. El Protocolo de 1924 para el Arreglo Pacífico de las Disputas Internacionales (también conocido como: *Protocol for the Pacific Settlement of International Disputes*) afirmó que las partes estaban «deseosas de facilitar la completa aplicación del sistema previsto en el Convenio de la Liga de Naciones para la solución pacífica de las discusiones entre los Estados y para asegurar la represión de los crímenes internacionales³⁹⁸». Este Protocolo nunca fue ratificado, pero puso de relieve el deseo de la mayoría de los Estados parte de considerar la guerra de agresión como un crimen internacional. El 24 de septiembre de 1927, la Asamblea de la Liga de Naciones plasmó

³⁹⁶ La Sociedad de Naciones fue creada, el 28 de junio de 1919, a través del Tratado de Versalles. Sus bases de actuación fueron principalmente la cooperación internacional, el arbitraje de conflictos y la seguridad colectiva. El final de la Segunda Guerra Mundial puso fin a su actuación siendo sucedida por la ONU.

³⁹⁷ Así, el artículo 14 del Convenio de la Liga de Naciones dispuso lo siguiente: «The Council shall formulate and submit to the Members of the League for adoption plans for the establishment of a Permanent Court of International Justice. The Court shall be competent to hear and determine any dispute of an international character which the parties thereto submit to it. The Court may also give an advisory opinion upon any dispute or question referred to it by the Council or by the Assembly». En 1945, la disolución de la Liga provocó, entre otras cosas, la creación de la CIJ -firme continuadora de la Corte Permanente de Justicia Internacional-. Actualmente este órgano tiene capacidad para juzgar las disputas suscitadas entre los Estados que se encuentran voluntariamente sometidos a su jurisdicción.

³⁹⁸ Documento disponible en la página web de la Agencia de la ONU para los Refugiados:

http://www.unhcr.org/refworld/category_LEGAL_LON,,40421a204,0.html

«Desirous of facilitating the complete application of the system provided in the Covenant of the League of Nations for the pacific settlement of disputes between the States and of ensuring the repression of international crimes»

la misma idea³⁹⁹. Un año después, la Sexta Conferencia Panamericana declaró que la guerra de agresión constituía efectivamente un crimen internacional en contra de todas las especies de la humanidad⁴⁰⁰. Resultan, pues, evidentes los loables intentos realizados en aquel entonces por comenzar un proceso de codificación penal que tuviera como objetivo primordial la tipificación del delito de agresión. Sin embargo, nada ni nadie impidió la invasión de Manchuria por Japón o la de Etiopía por Italia durante la década de los años 30 ni, por supuesto, la llegada de la Segunda Guerra Mundial.

En ese nuevo contexto histórico, el juez Robert Jackson elaboró un memorable discurso durante la apertura del Tribunal Militar Internacional en el que argumentó la importancia del crimen de agresión en los siguientes términos: «(...) el juicio representa el esfuerzo desesperado de la humanidad por aplicar la ley a los jefes de estado que han usado sus poderes estatales para atacar los principios de la paz mundial y cometer agresiones contra los derechos de sus vecinos⁴⁰¹». En 1946, el presidente del referido Tribunal, Sir Geoffrey Lawrence, declaró que el crimen de agresión no era sólo un crimen internacional sino que era el crimen supremo, el más importante; proclamó, además, que se trataba de un ilícito diferente a los otros crímenes de guerra puesto que - a su modo de ver- abarca toda la maldad que implica siempre un enfrentamiento bélico⁴⁰².

Posteriormente, durante la década de los años 70, se alcanzó un acuerdo en torno al concepto de agresión. El 14 de diciembre de 1974, la AGNU -por medio de su resolución 3314 (XXIX)- logró el consenso requerido para definirlo. El artículo primero precisaba que la agresión constituía el «uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en

³⁹⁹ La Asamblea estableció en el preámbulo lo siguiente con respecto al crimen de agresión: «Recognizing the solidarity which unites the community of nations; Being inspired by a firm desire for the maintenance of general peace; Being convinced that a war of aggression can never serve as a means of settling international disputes, and is in consequence an international crime (...)». Asimismo: *Vid. FERENCZ, B, "The tradition of war and the aspiration for peace", Defining international aggression. The search for world peace*, Ed. Oceana Publications, Vol. II, Nueva York, 1975, págs. 20 y ss.

⁴⁰⁰ Información disponible en la página web de la ONU:

http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_1_1950.pdf

«War of aggression constitutes an international crime against the human species».

⁴⁰¹ «(...) the trial represents mankind's desperate effort to apply the discipline of the law to statesmen who have used their powers of state to attack the foundation of the world's peace and to commit aggressions against neighbours». Información disponible en:

<http://www.lewrockwell.com/orig8/leithner1.html>

⁴⁰² Sus palabras fueron literalmente las siguientes: «(...) to initiate a war of aggression, therefore, is not only an international crime; it is the supreme international crime differing only from other war crimes in that it contains within itself the accumulated evil of the whole». *Ibidem*.

cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas (...)»⁴⁰³. No obstante, conviene tener presente que dicha definición se encontraba estrechamente relacionada con lo previsto en la Carta de la ONU; según algunos autores, su definición fue «calzado en la horma del artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas»⁴⁰⁴.

El artículo tercero de la referida resolución contenía ejemplos de lo que podía entenderse como actos de agresión (invasión o ataque por las fuerzas de un Estado, bombardeos, bloqueo de los puertos o de las costas, etc.); y el artículo 4 no sólo puntualizaba que los casos mencionados en el artículo anterior no eran exhaustivos, sino que confería al Consejo de Seguridad el poder para determinar qué otros actos podían ser también considerados como actos de agresión. Ello, entre otras cuestiones, reflejó la intención por parte de la comunidad internacional de universalizar determinados delitos con el objeto de que fueran controlados y sancionados por el Derecho Internacional. Sin embargo, pese al incuestionable avance, muchas fueron las críticas que se suscitaron a raíz de la mencionada resolución; críticas que se centraron en la legitimación conferida con carácter exclusivo al Consejo de Seguridad para determinar la existencia o inexistencia de delitos de agresión.

Durante los años siguientes a la promulgación de la citada resolución de 1974, aunque fueron múltiples los países y las zonas afectadas por actos de agresión, no se produjo -para vergüenza de la comunidad internacional- un significativo paso sobre todas estas cuestiones hasta la llegada del año 1996. Fue en ese año cuando se calificó -por medio del comentado artículo 16 de la CDI- el delito de agresión como un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad⁴⁰⁵. No obstante, tal y como indicó la CDI, el delito no fue propiamente definido; dicha cuestión quedó al margen del ámbito regulador del Proyecto de Código de 1996⁴⁰⁶. En cualquier caso, conviene resaltar que el artículo 8 del citado documento constriñó el ámbito competencial del ilícito de agresión a la articulación de un principio de personalidad o nacionalidad activa. En otras palabras, el referido precepto, si bien menciona la competencia de un tribunal

⁴⁰³ Información disponible en la página web de la Agencia de la ONU para los Refugiados: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5517.pdf>

⁴⁰⁴ Cfr. REMIRO BROTONS, A., "El Crimen de Agresión en el Estatuto de la CPI revisado: *Nascetur ridiculus mus*", *Libro homenaje al Profesor Manuel Pérez González* (la obra en cuestión se encuentra pendiente de publicación).

⁴⁰⁵ Vid. *Supra*. Nota 101 y 288.

⁴⁰⁶ Véase el comentario contenido en el párrafo número 1 del artículo 16 llevado a cabo por la propia CDI. *Ibidem*.

internacional sobre el delito de agresión, también prevé que sean los tribunales nacionales de los responsables que hayan cometido tales actos delictivos los órganos competentes para juzgarlos. Este régimen que únicamente ha operado en torno al delito de agresión muestra su singular carácter⁴⁰⁷.

Más adelante, el Estatuto de la CPI recogió en el artículo 5 el régimen previsto para el comentado delito. Sin embargo, como consecuencia de las tensiones generadas en torno a su negociación, un segundo párrafo fue añadido con la intención de posponer la competencia de la Corte en este ámbito. Se estipuló un plazo de siete años desde la aprobación del Estatuto para abordar la tarea de definir el delito de agresión, la determinación de sus elementos, así como las condiciones bajo las cuales la nueva CPI debía ejercitar su jurisdicción. Además, los artículos 121 y siguientes del Estatuto establecieron que ningún Estado parte se vería vinculado por las modificaciones que pudieran hacerse algún día sobre el mencionado crimen, salvo que aceptara expresamente mediante ratificación. En definitiva, los individuos se encuentran exentos de someterse a la jurisdicción de la CPI respecto del referido delito aún en el caso de que sobre aquél se implemente -como ha ocurrido tras la Conferencia de Revisión del Estatuto del año 2010- un régimen concreto y distinto al originalmente previsto en el Estatuto de Roma si el Estado al que pertenece por razón de su nacionalidad o el que se ha visto afectado por la comisión de los hechos no ha llevado a cabo la ratificación oportuna.

Pese a todo, se deduce que a lo largo de los años ha existido una encomiable predisposición por parte de la comunidad internacional de incluir el delito de agresión en los distintos instrumentos internacionales. Los intentos anteriores a la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma en Kampala se dirigían a perfilar dicho delito. En 2002, la *Assembly States Parties* trató de poner fin a la situación de suspensión temporal de jurisdicción a la que quedaba sujeto el citado ilícito en el Estatuto de Roma. Y, en

⁴⁰⁷ *Vid. Supra.* Nota 101 y 288. No hay que olvidar que el artículo 16 del citado Código elaborado por la CDI hace referencia a los actos de agresión que cometen los responsables de los Estados que planifican, preparan el desencadenamiento o realizan actos de agresión. Es cierto que un Estado como entidad abstracta no tiene capacidad para cometerlos pero para imputar a una persona en la comisión de un crimen de agresión es necesario -como condición *sine qua non*- que dicho crimen se atribuya a un Estado; se trata del comportamiento hostil y perjudicial de un Estado para con otro y es a través de las personas que actúan en su nombre a las que debe atribuirse la responsabilidad de cometer dichos actos delictivos. Únicamente cabrá detectar la responsabilidad individual de un Estado cuando sus actividades conlleven una clara vulneración de la prohibición contenida en el artículo 2 de la Carta de la ONU. Véase el comentario contenido en el párrafo número 4 del artículo 16 realizado por la CDI.

septiembre de 2003, este órgano puso de relieve la necesidad de definir dicho delito lo antes posible⁴⁰⁸. Todo ello refleja, pues, el constante intento, por parte de la comunidad internacional, de fijar un significado concreto y preciso en torno al delito de agresión.

No obstante, algunos autores han sostenido que la larga y lenta tipificación penal del delito de agresión resulta algo insólito. Ese es el caso de las declaraciones emitidas por el Lord Bingham de Cornhill: «el elemento principal del crimen de agresión ha sido entendido, al menos desde 1945, con la claridad suficiente para permitir la celebración de juicios (...) contra aquellos acusados de [cometer] este grave crimen. Es una falta de perspectiva histórica considerar que en 1945 las causas del crimen fueran claras y que de algún modo se hayan ido oscureciendo con el tiempo⁴⁰⁹».

Finalmente, con la revisión del Estatuto de Roma durante el verano de 2010, se ha llegado a la conclusión de que la Corte puede ser competente, conforme al artículo 8 *bis*, para conocer y juzgar crímenes de agresión. No obstante, este artículo precisa que dicho crimen lo comete quien «estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado (...) planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas⁴¹⁰». Según la opinión de REMIRO BROTONS, estamos ante «un crimen de líderes, *le crime de la crème de la crème*⁴¹¹». A su modo de ver, para cometer un crimen de semejante magnitud «no basta con agredir, con violar la Carta, hay que hacerlo a lo grande⁴¹²». Posiblemente, el alto umbral establecido en 2010 para calificar un acto delictivo como crimen de agresión -y determinar la consiguiente responsabilidad criminal individual- se ha debido a la necesidad de obtener un significativo consenso.

⁴⁰⁸ La información sobre la creación de la CPI se encuentra disponible en su página web:

<http://www.iccnw.org/?mod=icchistory>

⁴⁰⁹ Cfr. Sentencia de la Casa de los Lores de Reino Unido, asunto: *R c. Jones*, 29 de marzo de 2006. Documento disponible en la página web del parlamento británico:

<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060329/jones-2.htm>

«the core element of crime of aggression have been understood, at least since 1945, with sufficient clarity to permit the lawful trial (...) of those accused of this most serious crime. It is unhistorical to suppose that the elements of the crime were clear in 1945 but have since become in any way obscure».

⁴¹⁰ Ello se encuentra estrechamente relacionado con el contenido del nuevo número 3 *bis* del artículo 25.3 del Estatuto de Roma: «Por lo que respecta al crimen de agresión, las disposiciones del presente artículo sólo se aplicarán a las personas en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado».

⁴¹¹ Cfr. REMIRO BROTONS, A., *Libro Homenaje al Profesor Manuel....*, ob. cit.

⁴¹² *Ibidem*.

Siguiendo con la reciente enmienda del Estatuto, resulta destacable el hecho de que el nuevo artículo 15 *ter* establece la posibilidad de que la CPI sea competente para juzgar un crimen de agresión sin necesidad de que el Consejo de Seguridad haya dictaminado la existencia de un acto de este tipo. De hecho, el artículo 15 *bis*, probablemente el más polémico de todos, permite a los Estados parte y al fiscal de la Corte referir los asuntos sin que opere ningún filtro de actuación por parte del citado Consejo de Seguridad. En otras palabras, éste no tiene por qué determinar la existencia de un acto de agresión para que la Corte pueda juzgar un caso de tales características. Y, además, aunque el Consejo de Seguridad podrá aplazar una investigación o el enjuiciamiento de un suceso con arreglo al artículo 16, no se le han otorgado poderes adicionales. No se ha dado, pues, una completa dependencia de la Corte respecto del Consejo, que actuará como socio y no como adversario de la CPI⁴¹³.

Otra característica significativa del artículo 15 *bis* es que la Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión a condición de que se adopte una decisión después del 1 de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados parte que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto. Desafortunadamente, la CPI no podrá juzgar un crimen de agresión, resultante de un acto de agresión cometido por un Estado parte cuando haya declarado previamente que no acepta esa competencia mediante el depósito de una declaración en poder del Secretario. Consecuentemente, no se podrá proteger debidamente al Estado que, siendo parte del Estatuto modificado, sufra un acto de agresión.

Por lo tanto, la CPI que tendrá posiblemente jurisdicción sobre el delito de agresión en unos años, ha conseguido alcanzar uno de los objetivos más importantes en el ámbito del Derecho Internacional. No hay que olvidar que tras el final de la Segunda Guerra Mundial, los Estados se vieron predispuestos a crear normas que sancionaran los crímenes de agresión. Sin embargo, tuvieron que pasar largas décadas para que los Estados se pusieran de acuerdo en definir y determinar su ámbito aplicativo. Así pues, debe apreciarse la importancia de la reunión celebrada recientemente en Kampala, teniendo en cuenta que fueron los juicios de Nüremberg -celebrados a finales de la

⁴¹³ No obstante, REMIRO BROTONS dispone que: «(...) la declaración por el Consejo de que determinados hechos son una agresión desbrozará el camino de la Corte, aun conservando su competencia para reconsiderar dicha calificación a sus propios fines. Asimismo, una declaración del Consejo en sentido contrario haría muy difícil la persecución penal de los sujetos a los que hayan imputado los hechos». *Cfr.* REMIRO BROTONS, A., *Libro Homenaje al Profesor Manuel..., ob. cit.*

década de los 40- los que promovieron la idea de que no sólo los derechos humanos debían protegerse por encima de cualquier otra cuestión, sino que el delito de agresión debía ser considerado como el crimen internacional más grave.

Consecuentemente, lo acordado en Kampala debe recibir su justa ovación. Además, puede erigirse como una positiva respuesta a las palabras pronunciadas por FERENCZ años después de que finalizara la Segunda Guerra Mundial: «Nüremberg fue un triunfo de la Razón sobre el Poder. Mantener la agresión libre de castigo supondría el triunfo del Poder sobre la Razón⁴¹⁴». Esta incuestionable afirmación debe ir acompañada por aquella otra expresada en su día por EISENHOWER: «(...) el mundo ya no tiene opción de elegir entre la fuerza y la ley. Si la civilización ha de sobrevivir, tiene que escoger la ley⁴¹⁵». De lo anterior, podemos decir que la comunidad internacional parece haber tomado finalmente la decisión de posicionarse al lado de la razón y no del poder. En definitiva, se ha decantado por la supervivencia de la justicia en claro detrimento de la fuerza.

Al hilo de las consideraciones anteriores cabe concluir que si bien no puede asegurarse que no volverán a repetirse en el futuro actos tan abominables como los acontecidos durante la Segunda Guerra Mundial y las siguientes décadas -de hecho, de conformidad con sucesos recientes como el de la guerra de Irak⁴¹⁶ nada impide pensar que actos miserables de semejante envergadura puedan volver a ocurrir una y otra vez-, no hay duda de que haber alcanzado cierto consenso en torno a la definición del delito de agresión indica el buen rumbo de la reciente enmienda diseñada para penalizar en unos años -aunque quizá demasiados- la comisión de crímenes de agresión. Sin

⁴¹⁴ Cfr. FERENCZ, B., "Ending Impunity for the Crime of Aggression", 2009. Documento disponible en: <http://www.benferencz.org/index.php?id=4&article=1>
«Nüremberg was a triumph of Reason over Power. Allowing agresión to remain unpunisable would be a triumph of Power over Reason».

⁴¹⁵ Información disponible en: <http://www.eisenhowermemorial.org/speeches/19580430%20Statement%20by%20the%20President%20on%20the%20Observance%20of%20Law%20Day.htm>
«(...) the world no longer has a choice between force and law. If civilization is to survive, it must choose the rule of law».

⁴¹⁶ En 2003, Estados Unidos se apartó de la Carta de la ONU e invadió Irak por segunda vez, considerando válido el uso de su fuerza ante una supuesta amenaza iraquí. Recordemos que el artículo 51 de la Carta prohíbe su uso, salvo que se haya producido un ataque armado previo. Así las cosas, no debemos olvidar que el contenido de la Carta fue elaborado antes de la llegada de la bomba atómica y de la proliferación de armas nucleares por lo que no sorprenden los argumentos basados en afirmar la imposibilidad de articular reacción alguna ante una posible utilización de este tipo de armas con el claro objeto de justificar una actuación bélica con carácter previo. Sea como fuere, esta interpretación desvirtúa el sentido de la Carta de conformidad con su artículo 2.4.

embargo, hay que tener bien presente que los pasos dados en este ámbito son todavía simbólicos, ya que suponiendo que las modificaciones previstas en Kampala entren en vigor en el tiempo establecido, la Conferencia de Revisión ha acordado que las revisará siete años después del inicio de la aplicación de los nuevos preceptos. Ello, junto con la disposición del Estatuto que prevé que la Corte no puede obligar a los Estados parte a entregar una persona cuando ello sea contrario a las obligaciones de Derecho Internacional sobre inmunidades, nos lleva a pensar en la poca relevancia práctica de las normas recientemente aprobadas. Así las cosas, no nos sorprende que algunos autores opinen que «los agresores, los estrategas del crimen, pueden dormir tranquilos (...). Hasta ahora la agresión, más que un crimen, es sólo una *perspectiva* a partir de la cual cabe proceder contra quienes cometen genocidio, crímenes de guerra que no puedan ser salvados desde otras *perspectivas* apreciadas judicialmente, o crímenes de lesa humanidad⁴¹⁷».

2. 2. Otros delitos graves que han llevado a la adopción de medidas estatales represivas

Las graves conductas delictivas analizadas en los anteriores cuatro puntos conforman el núcleo más importante de lo que hoy en día se considera como crímenes internacionales. Son los ilícitos más graves y que mayor rechazo generan. No obstante, existen otros delitos importantes que no sólo se encuentran relacionados con los tipos penales ya comentados, sino que además conducen a los Estados a adoptar serias medidas represivas. Estos son los delitos de tortura, desaparición forzosa de personas, ejecuciones extrajudiciales y terrorismo internacional.

La tipificación de estas conductas responde a la idea de que todas ellas conllevan actos atroces que provocan un serio rechazo por parte de la comunidad internacional en su conjunto. Además, su regulación está justificada, ya que lo que se pretende es evitar la impunidad de los responsables. Así pues, procederemos a continuación a la descripción de cada uno de los tipos penales mencionados.

⁴¹⁷ Cfr. REMIRO BROTONS, A., *Libro Homenaje al Profesor Manuel...., ob. cit.*

a. Tortura

Actualmente, el delito de tortura se encuentra aceptado por gran parte de la comunidad internacional. En 1984, se celebró la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes con la intención de promover el respeto universal de la persona, así como la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales⁴¹⁸.

El artículo primero de la referida Convención alude a la definición de tortura como aquel acto «por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas». Esta definición puede verse ampliada tanto por la normativa interna como por la regulación internacional. Asimismo, el artículo 2 del referido Convenio expresa las medidas que los Estados deben adoptar para impedir actos de tortura bajo su propio territorio. Además, de conformidad con el artículo 12, el Estado velará y promoverá investigaciones relacionadas con posibles actos delictivos que puedan subsumirse dentro del comentado tipo penal cuando existan motivos razonables para ello.

Al margen de los positivos aspectos del Convenio, conviene destacar que éste no lleva a cabo una distinción entre los distintos tipos de torturas, como tampoco prevé la jurisdicción universal sobre dichos actos delictivos. Sin embargo, el grado de su aceptación es tal que cuando se han enjuiciado asuntos por los Estados y éstos han hecho uso del principio de justicia universal, se ha llegado a la conclusión de que la tortura ha obtenido «un estatus objetivo que le haría oponible a todos los Estados independientemente de su condición o no de partes en el Convenio⁴¹⁹».

⁴¹⁸ *Vid. Supra*. Nota 185.

⁴¹⁹ *Cfr.* SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 223.

Conforme a lo anterior, cabe mencionar varios casos que muestran en buena medida la aplicación práctica del principio de justicia universal en este ámbito. Un asunto especialmente relevante -si bien no supuso la aplicación propiamente dicha de la jurisdicción universal- fue el que tuvo lugar en Estados Unidos, antes de la celebración de la Convención de 1984, que se conoce como *Filartiga c. Peña Irala*. El eje del caso giró en torno a la ley norteamericana conocida como: *Alien Tort Claims Act*. Dicha Ley fue esgrimida por dos nacionales paraguayos que denunciaron ante la justicia estadounidense la comisión de actos de tortura en Asunción por parte de un oficial militar paraguayo. Como ya se expuso anteriormente, esta Ley constituía una vía legítima, en favor de los extranjeros, para reclamar y defender sus propios derechos e intereses por medio de la interposición de demandas de responsabilidad civil. Finalmente, la Corte de Apelación decidió, el 30 de junio de 1980, que la *Alien Tort Claims Act* resultaba aplicable respecto de las conductas contrarias al Derecho Internacional⁴²⁰; y proclamó la inclusión de la tortura en el ámbito de los actos de piratería y esclavitud, lo que elevó su condición al estatus de acto contrario a la humanidad⁴²¹. Se concluyó este asunto declarando que: «(...) entre los derechos universalmente proclamados por todas las naciones (...) se encuentra el derecho a estar libre de tortura física⁴²²». Como acertadamente dice SÁNCHEZ LEGIDO, esta decisión tuvo amplia repercusión, ya que su doctrina quedó consolidada a través de la *Torture Victim Protection Act* -de 1992- en virtud de la cual se permitió a las víctimas ejercitar acciones de responsabilidad contra sus torturadores, al margen del lugar en el que hubieran acontecido los actos delictivos⁴²³. Como ya se sabe, la novedad de esta Ley consistía en que se legitimaba no sólo a los extranjeros, sino a los nacionales norteamericanos para ejercitar las acciones pertinentes.

⁴²⁰ La Corte articuló su competencia del siguiente modo: «It is not extraordinary for a court to adjudicate a tort claim arising outside of its territorial jurisdiction. A state or nation has a legitimate interest in the orderly resolution of disputes among those within its borders, and where the *lex loci delicti commissi* is applied, it is an expression of comity to give effect to the laws of the state where the wrong occurred». Documento disponible en la página web del CICR:

<http://www.icrc.org/IHL-NAT.NSF/39a82e2ca42b52974125673e00508144/27721c1b47e7ca90c1256d18002a2565!OpenDocument>

⁴²¹ *Ibidem*. Los términos en los que se expresó la Corte fueron los siguientes: «(...) the torturer has become like the pirate and slave trader before him *hostis humani generis*, an enemy of all mankind».

⁴²² *Vid. Supra*. Nota 420. «(...) among the rights universally proclaimed by all nations (...) is the right to be free of physical torture».

⁴²³ *Vid.* SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 225.

Asimismo, debe mencionarse el asunto *Bouterse*, ventilado ante la Corte Suprema de Holanda, sobre la perpetración de actos de tortura. En un primer momento se debatió el problema de que los hechos delictivos en cuestión habían tenido lugar en 1982 cuando aún no había entrado en vigor la comentada Convención⁴²⁴. La Corte, si bien denegó la jurisdicción de los tribunales holandeses -puesto que el ex presidente de Surinam no se encontraba presente en Holanda para responder de las acusaciones de torturas perpetradas en su país y debido a que no existían víctimas de nacionalidad holandesa-, no rechazó el pronunciamiento de la instancia judicial inferior relativo a que la tortura se consideraba sometida al principio de jurisdicción universal en virtud del Derecho Internacional consuetudinario⁴²⁵. A tenor de las palabras de INAZUMI, la Corte de Apelación holandesa afirmó su jurisdicción sobre la base de que los Estados, en 1982, tenían competencia suficiente para ejercitar la jurisdicción universal sobre crímenes especialmente graves y contrarios a la humanidad aunque las circunstancias concretas del caso le impedían actuar⁴²⁶.

Otro asunto interesante es el caso *Furundzija*⁴²⁷ en virtud del cual se determinó la competencia jurídica de carácter universal sobre el delito de tortura como consecuencia de su grave naturaleza⁴²⁸. A este respecto, el TPIY manifestó que la naturaleza *ius cogens* de la prohibición de tortura implicaba la consideración de dicha interdicción como uno de los estándares más importantes de la comunidad internacional⁴²⁹.

⁴²⁴ El hecho de que la Convención contra la Tortura entrara en vigor, en los Países Bajos, el 20 de enero 1989 generó las dudas correspondientes en torno a si se podía o no aplicar el Convenio con carácter retroactivo para procesar al presunto responsable respecto de delitos cometidos en 1982.

⁴²⁵ Vid. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, ob. cit., pág. 228.

⁴²⁶ Vid. INAZUMI, M., "The Fourth Period: The Spread of Universal Jurisdiction from the 1990s to the Present", *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes Under International Law*, Ed. Intersentia, Bélgica, 2005, pág. 91.

⁴²⁷ Anto Furundzija fue durante la guerra de Yugoslavia miembro de un comando especial conocido como *Jokers*. Bajo su presencia varias personas fueron torturadas y no hizo nada por evitarlo. La acusación original constaba de tres cargos: violaciones de los Convenios de Ginebra de 1949, comisión de crímenes de guerra, así como de tortura y otros tratos degradantes. Dicho asunto comenzó a enjuiciarse, el 8 de junio de 1998, ante el TPIY presidido por el juez Cassese y el juez May. Finalmente, la Sentencia de 10 de diciembre de 1998 le condenó a 18 años de prisión. Documento disponible en la página web de la Agencia de la ONU para los Refugiados:

<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=40276a8a4>

⁴²⁸ *Ibidem*. «(...) universal jurisdiction over torture bears out and strengthens the legal foundation for such jurisdiction found by other courts in the inherently universal character of the crime».

⁴²⁹ Vid. *Supra*. Nota 427. «(...) the *jus cogens* nature of the prohibition against torture articulates the notion that the prohibition has now become one of the most fundamental standards of the international community».

En España, también se han ventilado asuntos de semejante envergadura. Mencionamos brevemente el caso *Guatemala* -que será posteriormente analizado- en la medida en que los órganos judiciales competentes se pronunciaron acerca de las torturas cometidas por los responsables de la dictadura guatemalteca que gobernó el país centroamericano durante los años que duró la guerra civil (1962-1996), así como respecto del ámbito aplicativo del principio de universalidad.

Sea como fuere, a pesar de la consagración convencional de la tortura y de la aplicación de dicho tipo penal por los órganos judiciales nacionales, nada parece impedir a día de hoy la perpetración de tales conductas por parte de Estados que paradójicamente suscriben convenios destinados a evitar su comisión. Un ejemplo reciente es el caso de Estados Unidos en relación con los abusos cometidos por sus soldados en la cárcel bagdadí de *Abu Ghraib* tras enfrentarse por segunda vez con Irak en 2003. El informe llamado *Detainee Abuse and Accountability Project* (Hallazgos del Proyecto sobre Abuso de Detenidos y Responsabilidad⁴³⁰) pone de relieve los múltiples excesos que éstos cometieron en el referido centro de detención, así como en Afganistán y Guantánamo⁴³¹. Todo indica, pues, que aún quedan muchos pasos por dar para la erradicación completa de actos de tortura. Es posible que una reacción enérgica y contundente de la comunidad internacional contra este tipo de actuaciones contribuya en alguna medida a la consecución de dicho objetivo.

⁴³⁰ Documento disponible en: http://www.chrgi.org/docs/By_The_Numbers.pdf

⁴³¹ Guantánamo -centro de detención situado en Cuba- es otro ejemplo claro de los atropellos norteamericanos. El Centro para los Derechos Constitucionales (también conocido como *Center for Constitutional Rights*) advirtió que la situación de los prisioneros en la base naval de Cuba se deterioraba con rapidez y difundió, el 23 de febrero de 2009, un informe en virtud del cual se relataban las condiciones de reclusión de los prisioneros confinados en los bloques V, VI y ECHO. Por lo que se sabe, en dichos bloques se han llevado a cabo fuertes abusos que han incluido el confinamiento solitario y, en general, otras violaciones previstas en los Convenios de Ginebra y otros relevantes instrumentos jurídicos internacionales. La referida Organización indicó que a los detenidos se les negaba el derecho a una plegaria comunal y, además, se les sometía a registros corporales que incluían la desnudez. Barack Obama ordenó -después de una semana de asumir su cargo como presidente de los Estados Unidos- el cierre del referido centro de detención creado por su predecesor George W. Bush en el plazo de un año. Sin embargo, no ha cumplido con su propósito y se reanudarán los juicios en el centro de detención de Guantánamo. Información disponible en los enlaces que figuran a continuación:

<http://www.radionizkor.org/excep/ccr.mp3>

<http://vodpod.com/watch/5735955-barack-obama-falt-a-su-palabra-al-no-cerrar-guantnamo>

b. Desaparición forzosa de personas

A diferencia de lo que ocurría con el delito de torturas, el tipo penal de desaparición forzosa de personas no se ha encontrado tradicionalmente regulado por una convención encargada de clarificar actos delictivos de semejante naturaleza. Fue en 1992 cuando se celebró la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas en virtud de la cual se calificaron tales conductas como un «ultraje a la dignidad humana» y como una «violación grave manifiesta de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamadas en la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴³²».

A raíz de la tardanza en la elaboración por parte de la ONU de una regulación convencional sobre esta materia, no es de extrañar que determinados países especialmente afectados por este tipo de ilícitos decidieran celebrar un tratado a escala regional con carácter previo. Fue así que la Organización de los Estados Americanos (OEA) promovió la celebración de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, el 9 de junio de 1994⁴³³. Anteriormente, esta institución elaboró y aprobó una resolución, en 1983, a tenor de la cual expresó la incertidumbre que dicho crimen generaba, así como la voluntad de que el mismo recibiera la calificación de crimen contrario a la humanidad⁴³⁴. Más adelante, la CIDH, especialmente atenta a estas cuestiones, emitió una serie de Sentencias en las que condenó enfáticamente las desapariciones forzosas propiciadas por los propios Estados⁴³⁵.

⁴³² Extracto del artículo primero de la referida Declaración (A/RES/47/133, 18 de diciembre de 1992). Documento disponible en la página web de la ONU:

[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.RES.47.133.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.RES.47.133.Sp?OpenDocument)

⁴³³ En el preámbulo de la Convención queda plasmada la preocupación de la OEA: «(..) la desaparición forzada de personas constituye una afrenta a la conciencia del Hemisferio [austral] y una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana, en contradicción con los principios y propósitos consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos». Documento disponible en la página web de la OEA: <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-60.html>

⁴³⁴ Resolución 666 XIII-0/83 aprobada en la séptima sesión plenaria de 18 de noviembre de 1983. Posteriormente, la Resolución número 26/89 -que versó sobre la desaparición de personas en El Salvador- en su considerando duodécimo puso de manifiesto que: «(..) la desaparición forzada de personas es, como lo ha señalado la Asamblea General de la OEA, una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad». Documento disponible en:

http://www.wcl.american.edu/pub/humright/digest/Inter-American/espanol/annuales/1989_90/2689~.html

⁴³⁵ Uno de estos casos fue el asunto *Velásquez Rodríguez c. Honduras* cuya Sentencia fue emitida el 29 de julio de 1988. Manfredo Velásquez siendo estudiante fue detenido sin mediar orden judicial por las Fuerzas Armadas de Honduras. La CIDH declaró que dicho país había violado el deber de garantía del derecho a la vida de Manfredo Velásquez.

Actualmente existe una clara aceptación acerca de la consideración de las desapariciones forzosas como delitos contrarios a la humanidad gracias, fundamentalmente, al Estatuto de Roma. El apartado i) del artículo 7 del Estatuto define este crimen como un acto en virtud del cual se lleva a cabo «(...) la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado».

Según ha dado a conocer recientemente la ONU, la Convención Internacional de Protección contra las Desapariciones Forzadas entró en vigor el pasado diciembre (cuatro años después de su aprobación)⁴³⁶. Los ratificantes del Convenio se han comprometido a sancionar penalmente la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad perpetrada por funcionarios o grupos ligados al Estado. Prevé no sólo que los países firmantes indemnicen a las víctimas directas de desapariciones forzadas, sino que además establece que estos actos constituirán un crimen contra la humanidad cuando sean cometidos de forma generalizada o sistemática. Así las cosas, muchas organizaciones no gubernamentales se han manifestado a favor de la adopción de la reciente Convención. Sin embargo, han puntualizado que es necesario reforzar los esfuerzos internacionales para acabar con esta terrible práctica. Según ha señalado REIDY, asesora principal de *Human Rights Watch*, la entrada en vigor de este tratado es un hito inmensamente importante pero para acabar con esta práctica será necesario que todos los países reconozcan que es inaceptable secuestrar a personas y esconderlas⁴³⁷.

⁴³⁶ Documento disponible en la página web de la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/disappearance-convention.htm>. Es en el artículo 5 de la citada Convención donde se establece que este tipo de actos delictivos, al ser contrarios a la normativa internacional, deben recibir la correspondiente sanción: «La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable».

⁴³⁷ Información disponible en la página web de *Human Rights Watch*: <http://www.hrw.org/en/news/2010/12/22/un-end-disappearances-worldwide>. «Putting this landmark treaty into effect is immensely important, but to end this practice, every country is going to have to recognize that it may never abduct people and hide them away».

c. Ejecuciones extrajudiciales

Como ocurría con el delito analizado en el punto anterior, las ejecuciones extrajudiciales se erigen como crímenes contrarios a la humanidad. En el ámbito jurídico internacional, el castigo de este tipo de actividades delictivas aparece contenido en los Principios relativos a una eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias adoptados en 1989 por el Consejo Económico Social de la ONU (CES)⁴³⁸. En su primera recomendación se establece lo siguiente: «los gobiernos prohibirán por ley todas las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias y velarán por que todas esas ejecuciones se tipifiquen como delitos en su derecho penal y sean sancionables con penas adecuadas que tengan en cuenta la gravedad de tales delitos. No podrán invocarse para justificar esas ejecuciones circunstancias excepcionales, como por ejemplo, el estado de guerra o de riesgo de guerra, la inestabilidad política interna ni ninguna otra emergencia pública».

Asimismo, han existido importantes resoluciones que han tratado de promover la investigación y la represión de estas ejecuciones extralegales, arbitrarias y sumarias. Muestra de ello fue la pionera Resolución 1992/72 de 5 de marzo de 1992 de la CDI, así como la Resolución 47/136 de la AGNU de 18 de diciembre de 1992. Más recientemente, la Resolución 8/3 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, de 18 de junio de 2008⁴³⁹, expresó su consternación en los siguientes términos: «(...) en varios países, la impunidad, que es la negación de la justicia, sigue prevaleciendo y a menudo constituyendo la principal causa de que continúen produciéndose ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias»; e indicó, a su vez, que todas estas conductas constituyen crímenes a tenor del Estatuto de Roma.

Los artículos 7 y 8 del referido Estatuto mencionan este tipo de ejecuciones ilegales y ello se traduce en una posición generalizada de denuncia y persecución por parte de la comunidad internacional. Por un lado, el artículo 7 establece que recibirá la calificación de crimen de lesa humanidad todo acto que implique «la encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional». Y, por otro lado, el párrafo 2 del artículo 8 indica que este tipo

⁴³⁸ Resolución disponible en la página web de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/prevencion.htm>

⁴³⁹ Documento disponible en la página web de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: http://ap.ohchr.org/Documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_8_3.pdf

de ejecuciones conllevan injustas condenas, así como una inobservancia de las debidas garantías procesales de carácter judicial.

A día de hoy, no hay duda de que siguen produciéndose ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias que ni constan ni se descubrirán jamás. Este tipo de actuaciones abarcan fundamentalmente: los asesinatos políticos; las muertes como consecuencia de desapariciones forzadas; torturas o malos tratos infligidos en centros de prisión o detención; muertes ocasionadas por un uso excesivo de fuerza por parte de los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley; y ejecuciones sin juicio previo. Los problemas derivados de las referidas ejecuciones extrajudiciales se encuentran relacionados, fundamentalmente, con la difícil detección y escasa publicidad de las mismas; ambos factores se erigen como un obstáculo fundamental a la hora de juzgar y prevenir este tipo de ilícitos. A ello se le debe sumar la falta de recursos necesarios para la realización de una investigación adecuada y la difícil manera de procurar la imparcialidad del órgano competente. En definitiva, la naturaleza de estos delitos convierte en algo frecuente la dificultad de obtener pruebas y conseguir testigos -que pueden estar aterrados o, por el contrario, implicados en la muerte sospechosa de una persona- lo que, de un modo u otro, impide esclarecer los hechos con ciertas dosis de veracidad.

No obstante, los obstáculos mencionados no deben frenar la investigación de tales hechos delictivos. Se debe luchar por preservar y anteponer los valores propios del Estado democrático sobre cualquier otra consideración, si bien numerosos Estados se caracterizan por llevar a cabo procedimientos poco rigurosos, producto en ocasiones de su participación en la comisión de los referidos ilícitos. Desgraciadamente, este tipo de procesos suelen traducirse, generalmente, en la impunidad de los responsables. Del mismo modo, respecto del principio de jurisdicción universal surgen también interrogantes. SÁNCHEZ LEGIDO teme que, gozando las ejecuciones extrajudiciales de un escaso respaldo normativo, se produzcan «en la práctica [...] problemas en torno a su consideración como crimen sujeto (..) [al título de jurisdicción universal]⁴⁴⁰». Por ello, la presión de la comunidad internacional y la labor del Derecho Internacional son fundamentales en este ámbito.

⁴⁴⁰ Cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, ob. cit., pág. 232.

d. Terrorismo internacional

REMIRO BROTONS considera que el terrorismo internacional constituye «una aplicación de violencia a la población civil de forma indiscriminada con el fin de, mediante el terror, satisfacer objetivos políticos en el marco de las relaciones internacionales⁴⁴¹». Algunos autores opinan que se trata de un tipo penal complejo en el momento en el que se transforma en «(...) un método de acción mediante el cual algunos Estados emplean en una suerte de guerra poco convencional mediatizada por la actuación de grupos organizados o respaldados por tales Estados que despliegan una actividad orientada al terror y que compromete gravemente la salvaguardia de los derechos de los individuos que sufren esta especial clase de violencia⁴⁴²».

El marco jurídico del delito de terrorismo se caracteriza por la adopción unilateral de medidas estatales dirigidas a incluir en sus legislaciones internas el referido ilícito y, además, por la aprobación de instrumentos jurídicos internacionales orientados a evitar que los presuntos responsables encuentren un refugio seguro donde resguardarse. En relación con estas últimas herramientas, cabría destacar el Convenio sobre las infracciones y otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (Tokio, 14 de septiembre de 1963), el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 16 de diciembre de 1970), el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 23 de septiembre de 1971), la Convención sobre la prevención y el castigo de los delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (Nueva York, 14 de diciembre de 1973), la Convención internacional contra la toma de rehenes (Nueva York, 17 de diciembre de 1979), el Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos

⁴⁴¹ Cfr. REMIRO BROTONS, A., "Terrorismo, mantenimiento de la paz y nuevo orden", REDI, Vol. 53, nº 1, 2001, pág. 2.

⁴⁴² Cfr. ZÚÑIGA AÑAZCO, Y., "Análisis dogmático de los crímenes en el Derecho Internacional", RD, Vol. II, 2001, pág. 218. A estos efectos, resulta relevante el razonamiento que el autor traído a colación manifiesta a continuación: «(...) el fenómeno del terrorismo y la política están íntimamente articulados de suerte que no es aventurado argumentar que la quintaesencia del terrorismo es la política. Por ello no es de extrañar que el punto álgido de los debates sobre el terrorismo tenga su anclaje en sede política, aunque el discurso empleado para referirse a este tema se camufle de una clave jurídica. El origen y la legitimidad de la violencia empleada así como las invocaciones del principio de autodeterminación de los pueblos unido a las caracterizaciones de los conflictos como guerras de liberación nacional constituyen temas recurrentes dentro de estos debates». Cfr. ZÚÑIGA AÑAZCO, Y., *ob. cit.* Nótese que este artículo fue publicado poco después de los atentados acaecidos en Nueva York, el 11 de septiembre de 2001, por lo que se comprende la preocupación que el autor citado muestra en torno a las indudables secuelas generadas, con carácter inmediato, en el ámbito de la comunidad internacional tras la perpetración de los mismos.

para los fines de detección (Montreal, 1 de marzo de 1991), etc. Estos instrumentos obligan a los Estados a adoptar las medidas oportunas con el objeto de prevenir y sancionar actos de terrorismo. Por ejemplo, el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo -elaborado en Nueva York el 9 de diciembre de 1999- dispone, en el artículo 7, que cada Estado parte debe adoptar las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos que aparecen contenidos en el artículo 2 con el objeto de prevenir la financiación del terrorismo, así como para reprimirlo mediante el enjuiciamiento y el castigo de sus autores⁴⁴³. Consecuentemente, la progresiva y sólida cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo ha consistido fundamentalmente en la celebración de un gran número de tratados; tanto es así que se ha considerado oportuno la redacción de un convenio que determine su marco jurídico general, ya que -según se desprende de las resoluciones adoptadas por la AGNU desde 1972⁴⁴⁴- esta «(...) línea convencional sigue siendo maestra en las medidas para prevenir y eliminar el terrorismo⁴⁴⁵».

Indudablemente, la consolidación de esta figura delictiva tiene lugar el 11 de septiembre de 2001 tras el apoderamiento ilícito de varias aeronaves de líneas aéreas civiles norteamericanas que acabaron estrellándose contra las *torres gemelas* del *World Trade Center* de Manhattan, en Nueva York, y contra el edificio del *Pentágono* en Washington⁴⁴⁶. Aquel día murieron tres mil personas producto de los atentados. Este suceso marcó un punto de inflexión en la concepción que a partir de entonces se tendría en torno al terrorismo internacional. Desde el punto de vista de la doctrina, «(...) hasta el crimen del 11 de septiembre, el terrorismo era un tipo criminal infrecuente en las leyes penales estatales⁴⁴⁷».

Tras la comisión de aquellos crímenes, la comunidad internacional se apresuró en proclamar su condena. Por un lado, la AGNU dictó, el 12 de septiembre de 2001, la resolución 56/1 en virtud de la cual condenaba con carácter de urgencia aquellas

⁴⁴³ Documento disponible en la página web de la OEA:

http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_inter_repre_finan_terro.pdf

⁴⁴⁴ Son de interés las resoluciones de la AGNU 3034 (XXVII), 31/102, 32/147, 34/145, 36/109, 38/130, 40/61 y 42/159. En la década de los años 90, las resoluciones de la Asamblea ya no se refieren a las medidas para "eliminar" el terrorismo sino a "prevenirlo": resoluciones 44/29, 46/51, 49/60, 50/53, 52/165, etc. *Vid.* REMIRO BROTONS, A., *Terrorismo, mantenimiento de la paz y nuevo orden*, REDI, ob. cit., pág. 3.

⁴⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁴⁶ Se registró el choque de una cuarta aeronave en el estado de Pennsylvania. Sin embargo, las circunstancias siguen siendo, a día de hoy, un tanto confusas.

⁴⁴⁷ *Cfr.* REMIRO BROTONS, A., *Terrorismo, mantenimiento de la paz y nuevo orden*, REDI, ob. cit., pág. 3.

actuaciones terroristas y solicitaba de forma inmediata la cooperación internacional como modo de prevenir y erradicar los actos de terrorismo⁴⁴⁸. Por otro lado, el Consejo de Seguridad los condenó enérgicamente -a través de la resolución número 1368-, un día después de su comisión, del siguiente modo: «(...) esos actos, al igual que cualquier acto de terrorismo internacional, constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales⁴⁴⁹»; y exigió, mediante la resolución número 1373 -de 28 de septiembre de 2001-, la adhesión de los Estados a los instrumentos jurídicos internacionales creados como parte de la lucha eficaz en contra del terrorismo⁴⁵⁰. Todo ello supuso, pues, un incremento considerable de la cooperación estatal en este ámbito; se advirtió, en definitiva, la determinación por parte de los Estados de condenar a los autores, cómplices y encubridores de estos crímenes, «(...) sea cual sea el lugar de su comisión y la nacionalidad o residencia de los sujetos activos y pasivos (víctimas) de los mismos (principio de universalidad)⁴⁵¹».

Debido a la importancia progresiva que el tipo penal de terrorismo ha ido adquiriendo a lo largo del tiempo, no resulta extraña la tendencia de los Estados a aplicar el principio de jurisdicción universal sobre actos terroristas expresamente tipificados por los convenios. Sin embargo, la mayoría de las veces, esta aplicación no ha sido ni real ni efectiva. La explicación que aporta SÁNCHEZ LEGIDO en torno a esta cuestión no es nada despreciable: «la razón de fondo quizá sea que en un contexto caracterizado por la permeabilidad del fenómeno terrorista a apreciaciones subjetivas y sesgadas en función de la mayor o menor sintonía con los objetivos perseguidos por los terroristas de turno, no ha habido hasta ahora una auténtica conciencia y voluntad en ver en el terrorismo un auténtico problema global⁴⁵²».

Una prueba evidente de la declaración anterior es la no inclusión del delito de terrorismo en el Proyecto de la CDI ni en el Estatuto de Roma. Esta exclusión se produjo en gran medida por el rechazo y la presión vertida por Estados Unidos que,

⁴⁴⁸ Documento disponible en la página web de la ONU:

<http://www.un.org/spanish/documents/ga/56/ares5601.htm>

⁴⁴⁹ Documento disponible en la página web de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos:

<http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/a7f346876238b40ac1256e3f00530e33?Opendocument>

⁴⁵⁰ Documento disponible en la página web de la ONU:

<http://www.un.org/spanish/docs/comites/1373/scres1373e.htm>

⁴⁵¹ Cfr. REMIRO BROTONS, A., *Terrorismo, mantenimiento de la paz y nuevo orden*, REDI, ob. cit., pág. 4.

⁴⁵² Cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, ob. cit., págs. 236 y 237. Ello ha provocado la falta hasta hace relativamente poco de una auténtica voluntad de abordar el problema en términos absolutos.

como se sabe, tiene un peso fundamental en la comunidad internacional. Su deseo de no incluir los delitos de terrorismo en determinados instrumentos jurídicos internacionales, así como su no adhesión al Estatuto de la CPI⁴⁵³, supuso una oposición frontal -en mala hora- de la administración norteamericana de George W. Bush en torno a estas cuestiones. Asimismo, otras circunstancias que han impedido avanzar en este sentido han sido no sólo los problemas existentes en torno a la definición de actos de terrorismo, sino también debido a «(...) las dificultades que plantea su deslinde respecto de la lucha de los pueblos bajo dominación colonial o extranjera por su autodeterminación e independencia, y [al] (...) riesgo de politización que conllevaría su apreciación para la Corte [Penal Internacional]⁴⁵⁴».

Sea como fuere, la cooperación internacional se ha visto impulsada en este campo tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, imperando a partir de entonces el *unilateralismo* exacerbado de Estados Unidos, «(...) apoyándose en la opinión pública de una sociedad convulsa por la magnitud y simbolismo de los atentados⁴⁵⁵». No obstante, dicha cooperación internacional diseñada a prevenir la perpetración de actos terroristas -que desde el 11 de septiembre parecen no tener fin⁴⁵⁶- no ha supuesto sorprendentemente la adopción de medidas contundentes como podría ser la inclusión de este tipo penal en el Estatuto de Roma. Es cierto que en los años que precedieron a la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma en Kampala muchas enmiendas de esta naturaleza fueron discutidas, pero, pese a los esfuerzos concretos de la delegación holandesa, no fue incorporado el delito de terrorismo en el artículo 5 del Estatuto de la

⁴⁵³ Estados Unidos acordó la celebración de Acuerdos Bilaterales de Inmunidad por medio de los cuales los ciudadanos norteamericanos que hubieran sido requeridos por la CPI y que a su vez se encontraran en el territorio de un Estado que los hubiera firmado, podrían ser devueltos a su país sin ser entregados a la jurisdicción de la CPI. Además, la *American Service-members Protection Act* (Ley norteamericana para la protección del personal de servicio) impedía el acceso de los Estados que no hubieran querido firmar los referidos Acuerdos Bilaterales a los fondos del *International Military and Training* (también conocido como IMET; la información acerca del cometido de este programa se puede comprobar en: <http://www.fas.org/asmp/campaigns/training.html>). Como se puede apreciar, fue muy grande el rechazo de Estados Unidos hacia la jurisdicción de la CPI, que no desaprovechó la mínima ocasión para boicotearla.

⁴⁵⁴ Cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, ob. cit., pág. 237.

⁴⁵⁵ Cfr. REMIRO BROTONS, A., *Terrorismo, mantenimiento de la paz y nuevo orden*, REDI, ob. cit., pág. 34.

⁴⁵⁶ Un ejemplo de la creciente e incesante ola de ataques terroristas es, entre otros, el intento fallido de atentar de nuevo en Estados Unidos, el 25 de diciembre de 2009, durante un vuelo con destino a Detroit. El presunto responsable era un nigeriano relacionado con diversas organizaciones fundamentalista islámicas. Información disponible en: http://www.elmundo.es/america/2009/12/26/estados_unidos/1261784695.html

CPI. En cualquier caso, se ha creado un grupo de trabajo especializado para continuar con este tipo de propuestas⁴⁵⁷.

⁴⁵⁷ Información disponible en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2010/DIEEE010-2010KAMPALA.pdf

III. La regulación española de los crímenes de Derecho Internacional: artículo 607 y siguientes del Código Penal español

La regulación en España de los delitos contra la comunidad internacional aparece contenida en el Título XXIV del Código Penal. Al comienzo de dicho Título se hace referencia al Delito contra el Derecho de Gentes en virtud del cual se incluyen los ilícitos cometidos contra los jefes de estado y otras personas protegidas internacionalmente por tratados. Son los artículos 607 y siguientes los que recogen los delitos objeto de nuestra atención. El delito de genocidio figura en el artículo 607, los delitos de lesa humanidad en el artículo 607 *bis*, los crímenes de guerra figuran en el artículo 609 y, por último, el delito de agresión no aparece tipificado en la legislación española.

a. Delito de genocidio (artículo 607)

Como acaba de decirse, es el artículo 607 del actual Código Penal español el que tipifica el delito de genocidio⁴⁵⁸. Este delito fue introducido en España en un primer momento a través de la Ley 44/1971, como consecuencia de la ratificación, el 13 de septiembre de 1968, de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948. Al principio este ilícito figuró en la disposición 137 *bis* del viejo Código Penal y con la llegada del nuevo, en 1995, se ubicó en el artículo 607.

El precepto 137 *bis* incurrió en el error de tergiversar el grupo *racial* por *social* al repetir el contenido del citado Convenio. La corrección de esta equivocación no tuvo lugar hasta el año 1983. No obstante, aún llevó más tiempo la modificación de otra errata, a saber, la falta de una *coma* entre grupo *nacional* y *étnico*, con la consecuente

⁴⁵⁸ El artículo 607 dice así: «los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados: Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros. Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado. Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149. Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150. Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro. Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los números 2 y 3 de este apartado. La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años».

reducción de cuatro a tres de los grupos que conforman este delito (la rectificación de este error se produjo una vez promulgado el nuevo Código Penal de 1995). En opinión de la doctrina, estas cuestiones no tuvieron «(...) trascendencia práctica, aunque las lucubraciones sobre la relación entre lo *nacional* y lo *étnico* siempre han sido entretenidas⁴⁵⁹».

Como hemos visto anteriormente, un aspecto fundamental del delito de genocidio es el concepto de *grupo* y la destrucción total o parcial del mismo. Los grupos mencionados en la regulación española son los mismos que aparecen previstos en la normativa internacional; ambas hacen referencia a los grupos étnicos, religiosos, nacionales y raciales, si bien nuestro ordenamiento jurídico añade, a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la configuración de un grupo determinado por la discapacidad de sus integrantes. Esta reciente incorporación puede generar cierta confusión como en su día mostraron algunas decisiones judiciales españolas cuando advirtieron diferencias entre la normativa internacional e interna -de todos modos, conviene aclarar que las diferencias del pasado constituían simples erratas, frente al nuevo inciso del artículo 607 que no lo es-. Así, el Auto de la Audiencia Nacional, de 5 de noviembre de 1998, ampliando y desvirtuando el concepto de genocidio, defendió equivocadamente que el concepto *social* del mismo incluía la eliminación de cualquier grupo humano⁴⁶⁰. Más adelante, conforme a la Sentencia de 19 de abril de 2005, la Audiencia corrigió esta interpretación y se decantó por un marco restringido del tipo penal de genocidio de conformidad con lo establecido por la ley: «(...) entre los elementos definidores del tipo penal están el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, debiéndose entender que como tal grupo, sin incluirse a los grupos no estables en si mismos [*sic*] como tales grupos, lo que excluiría específicamente a los grupos políticos (...)»⁴⁶¹.

Sea como fuere, la legislación española actual abarca todos los supuestos contemplados en el artículo 6 del Estatuto de Roma y en el artículo II de la Convención de Genocidio. El artículo 607 del Código Penal fija las distintas penas que se impondrían dependiendo de la gravedad de las actuaciones y menciona los hechos

⁴⁵⁹ Cfr. REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet: los límites de...*, ob. cit., pág. 75.

⁴⁶⁰ Vid. GIL GIL, A., "Los crímenes del Derecho penal internacional y su recogida en el Derecho penal español", *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales en España*, Ed. Comares, Granada, 2006, pág. 6.

⁴⁶¹ Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia de 19 de abril de 2005. Documento disponible en: [http://www.fundacionpdh.org/jurisprudencia/2005-04-19-AN-\(Scilingo\)-Sentencia-condenatoria.htm](http://www.fundacionpdh.org/jurisprudencia/2005-04-19-AN-(Scilingo)-Sentencia-condenatoria.htm)

delictivos sobre los que resulta aplicable. En cuanto a la aplicación del principio de universalidad al tipo penal de genocidio, debemos destacar la favorable posición adoptada, el 26 de septiembre de 2005, por el Tribunal Constitucional en el asunto *Guatemala*. Actualmente, hay que tener en cuenta posibles matizaciones, ya que la reciente modificación de la LOPJ ha afectado severamente al marco aplicativo de dicho principio y, por ende, a la competencia jurisdiccional de nuestros tribunales sobre los crímenes más graves, entre los que se encuentra obviamente el delito de genocidio.

b. Los delitos de lesa humanidad (artículo 607 *bis*)

España ratificó el Estatuto de la CPI en 2002 e introdujo los crímenes contra la humanidad a través de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (que entró en vigor el 1 de octubre de 2004⁴⁶²). En virtud de dicha reforma, se incorporó al Título XXIV del Código Penal, el Capítulo II *bis* titulado: "De los delitos de lesa humanidad", el cual regula el artículo 607 *bis*.

Consecuentemente, la ratificación española del Estatuto de Roma implicó una reforma en nuestro ordenamiento jurídico que tuvo como objetivo fundamental la incorporación de los delitos de lesa humanidad que, entre otras circunstancias, se encontraban ampliamente respaldados por la normativa internacional. Desde una perspectiva suspicaz cabría pensar que la reforma del Código Penal tuvo por objeto impedir que la Corte se arrogara el conocimiento de crímenes contra la humanidad cometidos en España o por españoles. Sin embargo, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003, en el punto III (letra k), puso de relieve el verdadero motivo de la comentada modificación: «coordinar la legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional».

El contenido del artículo 607 *bis* determina que serán responsables de delitos de lesa humanidad las personas que cometan alguno de los hechos que aparecen

⁴⁶² La tardía incorporación de los crímenes contra la humanidad, llevó a nuestros jueces a realizar enrevesadas interpretaciones legales durante el largo vacío normativo del ordenamiento jurídico español. En el asunto *Pinochet*, los órganos judiciales se encontraron con la ausencia de un tipo penal que permitiera subsumir los actos delictivos en cuestión como delitos de lesa humanidad; advirtieron, además, la dificultad de proceder a la aplicación directa de un delito tipificado y reconocido tan sólo por el ordenamiento jurídico internacional. Todo ello llevó a la Audiencia Nacional a sostener su competencia sobre unos hechos que -aunque casaban claramente bajo el tipo penal de actos contrarios a la humanidad- encontraron su "justificación" legal en otros delitos que propugnaban principios distintos del de justicia universal. Pese a lo anterior, SÁNCHEZ LEGIDO opina que tal vez no «(...) sea desorbitado considerar [...] [el] caso Pinochet como un precedente a favor de la jurisdicción universal sobre los crímenes contra la humanidad». Cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, ob. cit., pág. 217.

enumerados en el referido artículo cuando formen parte de un «ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra parte de ella». El final del primer apartado establece, además, que se considerarán crímenes contra la humanidad aquellos que sean cometidos «por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional⁴⁶³». También recibirán dicha calificación cuando los mismos tengan lugar «en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen⁴⁶⁴».

Es importante poner de relieve que el contenido del artículo 607 *bis* no coincide totalmente con la disposición legal correspondiente del Estatuto de Roma. GIL GIL

⁴⁶³ La mención al grupo de discapacitados es obra de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010.

⁴⁶⁴ El artículo 607 *bis* contiene, en su apartado segundo, la siguiente enumeración de conductas delictivas: «los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados: 1) Con la pena de prisión de 15 a 20 años si causaran la muerte de alguna persona. Se aplicará la pena superior en grado si concurriera en el hecho alguna de las circunstancias previstas en el artículo 139. 2) Con la pena de prisión de 12 a 15 años si cometieran una violación, y de cuatro a seis años de prisión si el hecho consistiera en cualquier otra agresión sexual. 3) Con la pena de prisión de 12 a 15 años si produjeran alguna de las lesiones del artículo 149, y con la de ocho a 12 años de prisión si sometieran a las personas a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud o cuando les produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 150. Se aplicará la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las lesiones del artículo 147. 4) Con la pena de prisión de ocho a 12 años si deportaran o trasladaran por la fuerza, sin motivos autorizados por el derecho internacional, a una o más personas a otro Estado o lugar, mediante la expulsión u otros actos de coacción. 5) Con la pena de prisión de seis a ocho años si forzaran el embarazo de alguna mujer con intención de modificar la composición étnica de la población, sin perjuicio de la pena que corresponda, en su caso, por otros delitos. 6) Con la pena de prisión de 12 a 15 años cuando detuvieran a alguna persona y se negaran a reconocer dicha privación de libertad o a dar razón de la suerte o paradero de la persona detenida. 7) Con la pena de prisión de ocho a 12 años si detuvieran a otro, privándolo de su libertad, con infracción de las normas internacionales sobre la detención. Se impondrá la pena inferior en grado cuando la detención dure menos de quince días. 8) Con la pena de cuatro a ocho años de prisión si cometieran tortura grave sobre personas que tuvieran bajo su custodia o control, y con la de prisión de dos a seis años si fuera menos grave. A los efectos de este artículo, se entiende por tortura el sometimiento de la persona a sufrimientos físicos o psíquicos. La pena prevista en este número se impondrá sin perjuicio de las penas que correspondieran, en su caso, por los atentados contra otros derechos de la víctima. 9) Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las conductas relativas a la prostitución recogidas en el artículo 187.1, y con la de seis a ocho años en los casos previstos en el artículo 188.1. Se impondrá la pena de seis a ocho años a quienes trasladen a personas de un lugar a otro, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima. Cuando las conductas previstas en el párrafo anterior y en el artículo 188.1 se cometan sobre menores de edad o incapaces, se impondrán las penas superiores en grado. 10) Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si sometieran a alguna persona a esclavitud o la mantuvieran en ella. Esta pena se aplicará sin perjuicio de las que, en su caso, correspondan por los concretos atentados cometidos contra los derechos de las personas. Por esclavitud se entenderá la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque».

opina que a diferencia de lo que ocurre con la normativa internacional, el *apartheid* y las persecuciones no se configuran en España como una modalidad de crímenes contrarios a la humanidad⁴⁶⁵. Efectivamente, el precepto legal español ubica estos ilícitos como una serie de condiciones que deben tener lugar para que ciertos hechos reciban la calificación de crímenes de lesa humanidad y no como un hecho delictivo en sí mismo. Ello lleva a la autora citada a argumentar que dicha aproximación «hará que conductas que para el Derecho y la jurisprudencia internacionales son constitutivas de crímenes contra la humanidad, no puedan sin embargo ser calificadas como tales conforme a la legislación interna⁴⁶⁶».

En cualquier caso, la aplicación por vez primera del artículo 607 *bis* tuvo lugar con el asunto *Scilingo*. En este caso se juzgó a Adolfo Francisco Scilingo sobre la base del principio de jurisdicción universal, lo que provocó la desaparición de las tradicionales barreras jurisdiccionales. Consecuentemente, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005 estableció lo siguiente: «(...) recibida en el derecho interno la norma de derecho internacional preexistente para posibilitar su aplicación, no parece lógico que la norma interna olvide que la norma internacional era ya obligatoria “*per se*” o de que por sus características y universalidad, con la finalidad de proteger valores superiores de la humanidad, son el conjunto de la Humanidad y la totalidad de los Estados en que ésta se organiza, y no un Estado concreto, los que tienen un interés equivalente en el enjuiciamiento y sanción de dichos delitos⁴⁶⁷».

A este respecto, CAPELLÀ I ROIG determina que el «fundamento jurídico principal en el caso Scilingo se basa en que *la Sala está aplicando una norma internacional, además de interna, por lo que habrá que tener en cuenta tanto la naturaleza de la norma internacional que prohíbe y criminaliza determinadas conductas como crímenes contra la humanidad (de ius cogens y con carácter erga omnes) como el carácter general de estos crímenes*, que permite que tengan su propia dinámica formativa y evolutiva, así como su persecución universal⁴⁶⁸». En definitiva, en este asunto la importancia de la normativa internacional -junto con la recepción de la misma por el ordenamiento jurídico español- fue tal que no hubo más remedio que reconocer el carácter universal de los crímenes de lesa humanidad.

⁴⁶⁵ Vid. GIL GIL, A., *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales...*, ob. cit., pág. 20.

⁴⁶⁶ *Ibidem*.

⁴⁶⁷ Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005.

⁴⁶⁸ Cfr. CAPELLÀ I ROIG M., ob. cit., pág. 6.

c. Crímenes de guerra (artículo 609)

En España, los crímenes de guerra aparecen contenidos tanto en el artículo 69 y siguientes del Código Penal Militar, como en el artículo 609 del Código Penal. Este último precepto se encuentra ubicado dentro del capítulo III que se titula del siguiente modo: "De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado".

La referida disposición normativa dispone lo siguiente: «El que, con ocasión de un conflicto armado, maltrate de obra o ponga en grave peligro la vida, la salud o la integridad de cualquier persona protegida, la haga objeto de tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, le cause grandes sufrimientos o la someta a cualquier acto médico que no esté indicado por su estado de salud ni de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que la Parte responsable de la actuación aplicaría, en análogas circunstancias médicas, a sus propios nacionales no privados de libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años, sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos».

En comparación con el artículo 8 del Estatuto de Roma relativo a los crímenes de guerra y la extensa enumeración que hace de las múltiples conductas subsumibles bajo el mencionado tipo, el Código Penal español se decanta por hacer una enumeración limitada de este tipo de conductas ilícitas, haciendo a su vez referencia a aquellos otros tipos penales que prevean resultados lesivos. De esta manera, si se provoca la muerte de una persona, habrá que acudir no sólo a la pena impuesta por la comisión de delitos de homicidio, sino que, además, habrá que aplicar la pena que el mismo Código establece para comportamientos que coincidan con los del artículo 609.

La Ley Orgánica 15/2003 que, como ya se sabe, recogió los crímenes contra la humanidad, trajo consigo otros cambios en el Código Penal; entre ellos: se añadió el apartado 6 del artículo 608 relativo al personal de la ONU y al personal asociado como personas protegidas; se modificó el artículo 610 en virtud del cual se incorporaba el derecho a no dar cuartel; se incorporaron los apartados 4 y 5 del artículo 611 relativos a la deportación, traslado forzoso, toma de rehenes, asentamiento, etc.; se transformaron los apartados primero, segundo y tercero del artículo 612 que contenían menciones expresas a la protección de hospitales y a su personal; y, por último, se modificó el primer apartado del artículo 613 relativo a la protección de bienes culturales, lugares de

culto, etc. Antes de la reforma realizada por la citada Ley Orgánica, el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española elaboró un informe -conocido como: la Propuesta de modificación del Código Penal español en materia de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado⁴⁶⁹- en virtud del cual se aducían múltiples argumentos que plasmaban las carencias normativas del viejo Código. La llegada del nuevo conllevó importantes novedades, si bien muchas otras cuestiones quedaron fuera de su ámbito normativo. A este respecto, GIL GIL argumenta que «la omisión de la tipificación expresa de esas conductas no supone que nuestra legislación presente lagunas de punibilidad con respecto a las conductas previstas en el ER [Estatuto de Roma], ya que todas las conductas recogidas en el mismo forman parte de tratados en los que nuestro país es parte y por lo tanto pueden ser reconducidas a la cláusula residual del art. 614. Pero en mi opinión hubiese sido preferible la tipificación expresa, lo que además hubiese permitido una mejor adecuación de la pena⁴⁷⁰».

⁴⁶⁹ Documento disponible en la página web del CICR:
<http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/html/67MJ49>

⁴⁷⁰ Cfr. GIL GIL, A., *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales...*, ob. cit., pág. 33.

Capítulo cuarto:

La aplicación del principio de jurisdicción universal en la práctica judicial española

«Se ha dicho que hurgar en estos acontecimientos del pasado es abrir nuevamente las heridas. Nosotros nos preguntamos, por quién y cuándo se cerraron esas heridas. Ellas están abiertas y la única manera de cerrarlas será logrando una verdadera reconciliación nacional que se asiente sobre la verdad y la justicia respecto de lo sucedido. La reconciliación tiene esas mínimas y básicas condiciones⁴⁷¹»

⁴⁷¹ Cfr. GUERRA GONZÁLEZ, M. R., "El perdón ante la violación de derechos humanos: restricción política, posibilidad ética", en: MARTÍNEZ CONTRERAS, J., Y PONCE DE LEÓN, A. (coordinadores), *El saber filosófico 2*, Ed. Siglo XXI, Vol. II, México, 2007, pág. 43. Adviértase que este autor hace referencia a las palabras pronunciadas en su día por Luis Pérez Aguirre, Director del Servicio de Paz y Justicia de Uruguay.

I. Sucintas apreciaciones en torno a la nueva y vieja regulación española en materia de jurisdicción universal

De la lectura de epígrafes anteriores se desprende la afirmación relativa a que el principio de jurisdicción universal fundamenta la actuación de los órganos judiciales nacionales cuando pretenden defender los intereses de la comunidad internacional⁴⁷². Tal y como se ha observado, la defensa de dichos intereses implica la configuración previa de una serie de crímenes definidos y reconocidos por el Derecho Internacional que repercuten en el ámbito interno de los Estados en la medida en que sus legislaciones extienden, en muchos casos, su ámbito de actuación a esta clase de delitos cuando son cometidos fuera de su territorio -puesto que, como ya se sabe, la competencia judicial estatal en esta materia no se lleva a cabo exclusivamente por el principio de territorialidad-. Así las cosas, haremos una referencia breve al caso del ordenamiento jurídico español.

De conformidad con lo anterior, en España, es el artículo 23.4 de la LOPJ (como ya se ha adelantado en sucesivas ocasiones) la disposición que regula la competencia universal de los órganos judiciales españoles en relación con hechos delictivos especialmente graves. El artículo 23.4 actualmente en vigor establece lo siguiente: «(...) será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio y lesa humanidad; b) Terrorismo; c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves; d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces; e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes; f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores; g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España; h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho

⁴⁷² El principio de justicia universal incita a los Estados a que declaren y consoliden su competencia jurisdiccional sobre los crímenes internacionales, independientemente del lugar en el que se produzcan y al margen de la nacionalidad de los autores y de las víctimas. Todo ello gira en torno a las inquietudes de la sociedad internacional que no sólo lucha por la persecución y el castigo de conductas graves, sino que además insta a los Estados, como parte integrante de la misma, a juzgar a los presuntos responsables conforme a su legislación nacional. En este sentido, ACOSTA ESTÉVEZ considera, haciendo referencia a las reflexiones de Quintano Ripollés, que: «la jurisdicción universal aparece como un ideal *desiratum*, presagio de un ordenamiento jurídico -comunitario- internacional verdaderamente solidario, pues el *ius puniendi* se desliga de su adscripción a la soberanía nacional y pasa a servir los intereses predominantemente humanos y no meramente nacionales». Cfr. ACOSTA ESTÉVEZ, J. B., *ob. cit.* págs. 24 y 25.

internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España. Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles. El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior».

Este artículo ha sido objeto de numerosas modificaciones. La última enmienda tuvo lugar con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, que reformó la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial⁴⁷³. Esta reforma no ha resultado ser una rectificación cualquiera, puesto que el contenido del viejo artículo 23.4 de la LOPJ atesoraba un significado jurídico mucho más ambicioso. Tan grande fue el cambio, que las críticas no se hicieron esperar.

El artículo 23.4 de la LOPJ de 1985 vigente hasta el 4 de noviembre de 2009 atribuía competencia, tal y como hace el actual, a los jueces en relación con delitos graves. La diferencia estriba en que lo hacía de un modo diferente y respecto de una serie de ilícitos que no coincide con la redacción del artículo vigente. Según el viejo precepto: «(...) será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio; b) Terrorismo; c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves; d) Falsificación de moneda extranjera; e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores e incapaces⁴⁷⁴; f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes; g) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores; h) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España; i) Y cualquier otro que, según los tratados o

⁴⁷³ Documento disponible en la página web del Boletín Oficial del Estado:
<http://www.boe.es/boe/dias/2009/11/04/pdfs/BOE-A-2009-17492.pdf>

⁴⁷⁴ La disposición final única, apartado 2, de la Ley 11/1999, de 30 de abril, añadía esta cuestión.

convenios internacionales, deba ser perseguido en España».

De la lectura de ambos preceptos podemos concluir que no sólo el nuevo excluye el delito de falsificación de moneda, sino que incluye junto al delito de genocidio -previsto en el apartado primero- el delito de lesa humanidad. Además, reconfigura el viejo apartado i) y lo coloca en el actual punto h), haciendo mención expresa a los convenios que regulan el Derecho Internacional humanitario y los derechos humanos como relevante conjunto normativo al que debe prestarse especial interés y, a su vez, proporcionar especial protección.

Al margen de estas modificaciones, que son relevantes pero no determinantes en la configuración del actual precepto, hay que destacar el segundo así como el tercer párrafo añadido por la Ley Orgánica 1/2009, ya que ambos constituyen los contundentes cambios que éste sufre. Fundamentalmente, esta afirmación tiene su base en que el viejo artículo 23.4 de la LOPJ recogía el famoso principio de universalidad sin cortapisas⁴⁷⁵. No hay duda de que por medio del mismo se otorgaba competencia a nuestros tribunales para que conocieran y juzgaran actos delictivos cometidos tanto por españoles como por extranjeros fuera de España (estos actos debían ser tipificados de acuerdo con las siguientes figuras ya citadas: genocidio; terrorismo; piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves; falsificación de moneda extranjera; delitos de prostitución y corrupción de menores; tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes; y cualquier otro delito establecido en función de los distintos tratados o convenciones que deba ser perseguido por España), sin necesidad de que mediara ningún vínculo de conexión con el Estado español⁴⁷⁶.

Sobre este precepto han existido numerosos pronunciamientos judiciales que permiten hacernos una idea acerca de cuál fue su contenido y alcance, así como su evolución en relación con la labor interpretativa que los jueces españoles hicieron durante

⁴⁷⁵ No hay que olvidar que el principio básico de la ley penal española fue y sigue siendo el principio de territorialidad recogido en los artículos 8.1 del Código Civil y 23.1 de la LOPJ. No obstante, para comprender en mayor medida la trascendencia del artículo 23.4 de la LOPJ conviene mencionar sus numerales 2 y 3, puesto que contemplan el principio de personalidad activa y el principio de protección respectivamente. Además, aunque el principio de personalidad pasiva no aparece regulado expresamente en nuestro ordenamiento jurídico hasta la llegada de la Ley Orgánica 1/2009, resulta adecuado afirmar que anteriormente sí era posible deducirlo de forma indirecta a través del contenido del derogado artículo 23.4 de la LOPJ. *Vid.* GIL GIL, A., *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales...*, *ob. cit.*, pág. 49.

⁴⁷⁶ De conformidad con lo expuesto a lo largo del trabajo, conviene tener presente que la falta de conexión entre el hecho delictivo en cuestión y el órgano judicial que pretende actuar, junto con la extrema gravedad de aquél, constituyen los elementos más significativos del principio de universalidad.

sus años de vigencia. La conclusión a la que se llegaría con el paso de los años sería que el reconocimiento de la jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español tuvo lugar en 1985 con la entrada en vigor de la LOPJ (en relación con el delito de tortura, no hay que olvidar que su reconocimiento se produjo dos años después, ya que fue en 1987 cuando tuvo lugar la ratificación por parte de España del Convenio contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes).

No obstante, la compleja y, en ocasiones, contradictoria labor interpretadora - que ciertos órganos judiciales manifestaron durante sus años de vigencia- ilustra la espinosa evolución del comentado artículo. Muy probablemente ante la inexperiencia de nuestros tribunales en proceder a la aplicación del derogado artículo 23.4 de la LOPJ, la competencia española fue rechazada respecto de hechos subsumibles dentro de su marco aplicativo cuando los delitos habían acaecido con anterioridad a su entrada en vigor⁴⁷⁷. Ello fue así, ya que -en opinión de algunos jueces- interpretar lo contrario hubiera supuesto una clara vulneración del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras. Esta tesis que fue desmontándose con el tiempo revela, pues, los obstáculos que el mencionado principio tuvo que vencer para imponerse como título competencial válido ante ilícitos de gran envergadura.

Como se puede apreciar de las consideraciones anteriores, hay que poner de relieve que las ideas que se tenían en torno al derogado artículo 23.4 de la LOPJ no sólo no fueron siempre firmes ni uniformes, sino que se fueron modulando con los años. Lógicamente, se produjeron numerosos cambios y vaivenes en torno a su interpretación, lo que provocó que no fuera una tarea sencilla obtener consenso doctrinal y jurisprudencial a la hora de fijar su ámbito y alcance aplicativo. En definitiva, las sentencias emitidas durante su vigencia -que serán objeto de nuestra consideración- evidenciaron los complejos y difíciles obstáculos con los que se encontraba reiteradamente el comentado precepto.

En cualquier caso, al margen de las complicaciones inherentes al principio de justicia universal, en España, su reconocimiento y posterior aplicación -a finales del siglo XX y comienzos del siguiente- tuvo lugar bajo una lenta -aunque progresiva-

⁴⁷⁷ En el asunto *Billy Joya*, la Audiencia Nacional -por medio del Auto de 8 de septiembre de 1998- impidió la aplicación retroactiva de la LOPJ. *Vid. Infra.* Nota 502 y 546. Ello también fue objeto de debate en el asunto *argentino y chileno*, tal y como muestran los Autos de la Audiencia Nacional de 4 y 5 de noviembre de 1998 respectivamente.

consolidación que nos permite argumentar y defender su existencia y supervivencia hasta la llegada de la conocida reforma legislativa de 2009. Todo ello, a pesar de algunos desacertados y no muy correctos pronunciamientos judiciales que en muchas ocasiones se caracterizaron por bloquear gran parte de lo avanzado hasta aquél instante. En estas circunstancias, la reforma del artículo 23.4 de la LOPJ fue contemplada desde el primer momento como una enmienda legal encauzada a impedir la investigación judicial de delitos internacionales cometidos fuera de España. No hay duda de que la entrada en vigor de la referida Ley Orgánica, el 5 de noviembre de 2009, supuso una fuerte embestida directamente dirigida al principio de universalidad que se encontraba vigente hasta ese instante en España.

Esta última y relevante consideración -que será minuciosamente explicada y debidamente fundamentada más adelante- encuentra su sustento en los nuevos párrafos -segundo y tercero- introducidos por la reiterada Ley Orgánica 1/2009, ya que de acuerdo con ellos el conocimiento por jueces y magistrados españoles de hechos graves acontecidos fuera del territorio español tendrá lugar únicamente 1) cuando exista una prueba fehaciente de que el presunto autor de los hechos se encuentra en territorio español, 2) cuando en el caso en cuestión que pretende ser juzgado existan víctimas de nacionalidad española ó 3) se pueda constatar la existencia de algún vínculo de conexión relevante con España. Asimismo, la nueva ley especifica que es necesario que no exista otro proceso sobre los mismos hechos en cualquier otro país o en el seno de un tribunal penal internacional que sea a su vez competente de conocerlos y juzgarlos (en caso de que esto último suceda se procederá al sobreseimiento provisional del asunto).

Consecuentemente, la actual exigencia de vínculos que la nueva ley española prescribe para legitimar la actuación de los órganos judiciales españoles en el ejercicio del reconocido principio de universalidad, no ha hecho sino desvirtuar hasta hacer desaparecer lo que hasta hace no mucho tiempo se encontraba recogido en el viejo artículo 23.4 de la LOPJ: la posibilidad de perseguir por parte de los jueces y magistrados españoles los crímenes más graves que asuelan la humanidad sin ningún tipo de condición ni requerimiento.

1. 1. *Contenido y alcance normativo del viejo artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*

Con el objeto de medir el verdadero alcance y valor del artículo 23.4 de la LOPJ en su redacción vigente hasta el 4 de noviembre de 2009, hay que tener presente lo que la Constitución española dispone sobre dicha Ley en su artículo 122. Según este artículo, la LOPJ rige fundamentalmente el funcionamiento y gobierno de los juzgados y tribunales españoles. En otras palabras, esta Ley regula la organización y la actividad del poder judicial -del cual, como ya se sabe, emana la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado-. En línea con esta previsión, el artículo 21 de la Ley afirma que: «los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los Tratados y Convenios Internacionales en los que España sea parte».

El polémico artículo 23 de la LOPJ recogía -y recoge- los típicos principios habilitadores complementarios de competencia, entre ellos, en su numeral 4, el principio de universalidad en la medida en que preveía la competencia jurisdiccional española sobre hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional (siempre que éstos hubieran podido recibir la calificación de delitos graves). Antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2009, el ordenamiento jurídico español regulaba la aplicación de dicho principio sin necesidad de que concurrieran requisitos especiales o adicionales; únicamente se exceptuaban los casos en los que el sujeto acusado hubiera sido absuelto, indultado o penado -habiendo cumplido la pena correspondiente- en el extranjero.

A este respecto, GIL GIL pone de relieve, como otros muchos autores, que -en relación con la antigua regulación- el Derecho español no «exig[ía] ni la punibilidad en el lugar de ejecución ni la presencia del delincuente en territorio español, pudiendo obtenerse ésta última, como se intentó en el caso Pinochet, mediante una orden internacional de detención y la petición de extradición⁴⁷⁸». No hay duda de que en aquel momento, la opinión doctrinal mayoritaria se inclinaba por entender que el artículo 23.4 de la LOPJ promovía el principio de universalidad -sin exigir ninguna condición particular- para que hechos graves acontecidos en el extranjero fueran juzgados en

⁴⁷⁸ Cfr. GIL GIL, A., *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales...*, ob. cit., pág. 50.

España⁴⁷⁹.

En definitiva, la no exigencia de condiciones especiales que predicaba el principio de justicia universal en nuestro país implicaba que no era necesario que el hecho delictivo fuera castigado en el lugar de ejecución, como tampoco requería que la víctima de un grave crimen acudiera a la justicia española para hacer efectiva la aplicación del artículo 23.4 de la LOPJ. De este modo, al contrario de lo que sucedía y sucede con el principio de personalidad activa contemplado en el artículo 23.2 de la LOPJ, la justicia universal podía ser ejercitada de oficio por los órganos judiciales españoles sin que fuera indispensable que el hecho delictivo estuviera penado en el lugar de su comisión o que el agraviado interpusiera una querrela ante los tribunales españoles.

Sea como fuere, deben plasmarse una serie de consideraciones relevantes acerca de la Ley encargada de regular el citado principio, puesto que influye notablemente en la configuración del mismo. Así, por un lado, la LOPJ no reclamaba la presencia del acusado para el inicio de los procesos judiciales. Sin embargo, la ausencia del presunto responsable a lo largo de todo el proceso no estaba permitido, ya que en España no es posible la celebración de juicios orales *in absentia*. Por otro lado, esta Ley Orgánica no debería haber reivindicado, debido a su naturaleza procesal, una aplicación temporal de sus preceptos. Consideramos que, como consecuencia de su estricta condición procesal, el viejo artículo 23.4 tuvo que haberse aplicado independientemente de la fecha de comisión de los actos delictivos que pretendían juzgarse; bajo nuestra perspectiva, su utilización debió de quedar al margen del momento en el que se produjo la entrada en vigor de la LOPJ⁴⁸⁰.

Otra cuestión a analizar es la mención que hacía el apartado i) del comentado y derogado artículo 23.4 de la LOPJ -previamente ubicado en el apartado g)- a todos los delitos contemplados en los tratados o convenios internacionales que debían ser

⁴⁷⁹ Respecto de todas estas cuestiones, conviene tener presente que es el artículo 65 e) de la LOPJ el que atribuía -y, actualmente, atribuye- a la Audiencia Nacional la competencia necesaria para conocer y juzgar delitos perpetrados fuera del territorio español cuando, de conformidad con las leyes y tratados, le correspondía a España ejercerla.

⁴⁸⁰ Como se dijo anteriormente, ello no fue interpretado así en un primer momento. Por ejemplo, en el asunto *Pinochet*, el fiscal consideró que el artículo 23.4 de la LOPJ no resultaba aplicable por ser posterior al momento en el que los hechos enjuiciados tuvieron lugar. Así pues, no hay duda de que hubo serias discusiones doctrinales y jurisprudenciales en torno al carácter y la esencia de la LOPJ. En cualquier caso, todas estas cuestiones serán posteriormente analizadas, ya que servirán para comprender mejor el calado de la actual Ley Orgánica 1/2009.

perseguidos en España. En opinión de FERRER LLORET, esta mención inducía al Estado español a tipificar en el propio ordenamiento jurídico conductas delictivas ya ratificadas convencionalmente con la intención de establecer la adecuada competencia de los tribunales españoles, declarando que esta remisión del apartado i) «(...) viene referida fundamentalmente al cumplimiento por España de la obligación *aut dedere aut iudicare*, en aquellas situaciones en la que el inculpado se encuentre en territorio español y las autoridades españolas no atiendan la solicitud de extradición formulada por un tercer Estado parte en el Convenio de conformidad con las condiciones previstas en el mismo⁴⁸¹».

En la misma línea argumental, cabe plantear la cuestión acerca de si resultaba aplicable o no el principio de justicia universal contemplado en la LOPJ respecto de los graves tipos delictivos contenidos en el Código Penal. Según ACOSTA ESTÉVEZ, un sector doctrinal sostenía que los artículos 609 a 614 del Código Penal quedaban regidos únicamente por el principio de territorialidad; en el caso de que los hechos fueran imputables a un nacional español en territorio extranjero hubiera sido posible admitir la competencia de nuestros jueces conforme al artículo 23.2 de la LOPJ⁴⁸². Pues bien, sin apartarnos de esta opinión doctrinal, el citado autor considera que «cabe advertir que en conformidad con el artículo 23.4, letra g, de la LOPJ, la jurisdicción del Estado español podrá conocer de aquellas conductas, cometidas por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los delitos que, *según los tratados o convenios internacionales*, deba ser perseguido en el Estado español (...). [Éste] (...) está habilitado por el principio de jurisdicción universal respecto de los tipos delictivos estipulados en los artículos 609 a 614 del Código Penal⁴⁸³». Ahora bien, ¿es posible la aplicación del citado principio a todos los ilícitos contemplados en dichos artículos? ACOSTA ESTÉVEZ considera que ello no es admisible en la medida en que la jurisdicción universal resulta «operativa respecto de las conductas delictivas *perpetradas sobre una persona protegida durante un conflicto armado y calificadas* por el derecho internacional humanitario como *infracciones graves*, siendo indiferente que en el Código Penal revistan el carácter de delitos graves o

⁴⁸¹ Cfr. FERRER LLORET, J., El principio de jurisdicción universal: su aplicación en España", en: SOROETA LICERAS, J. (editor), *Cursos de Derechos Humanos en Donostia-San Sebastián*, Ed. Universidad del País Vasco, Vol. V, Bilbao, 2004, págs. 114 y 115.

⁴⁸² Vid. ACOSTA ESTÉVEZ, J. B., *ob. cit.* pág. 31.

⁴⁸³ *Ibidem*.

menos graves⁴⁸⁴». Por lo tanto, según parece, en relación con las infracciones o actos contrarios a las disposiciones normativas del Código Penal, no rige la jurisdicción universal.

De todo lo anterior se deduce que previamente el ordenamiento jurídico español ofrecía soluciones a las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos, así como del Derecho Humanitario cometidas más allá de nuestras barreras territoriales⁴⁸⁵. No obstante, conviene puntualizar que muchos años debieron transcurrir hasta que los órganos judiciales nacionales decidieran actuar ante la perpetración de una violación grave y sistemática. Concretamente, fue a finales de la década de los 90 cuando empezaron a interponerse querellas en contra de los principales responsables de las dictaduras argentinas y chilenas, lo que provocó la apertura de otros procesos de características semejantes y, consecuentemente, la asidua utilización del referido artículo 23.4 de la LOPJ. A modo de ejemplo cabe destacar el Auto de 4 de noviembre de 1998 en virtud del cual la Audiencia Nacional asumió su competencia para perseguir delitos de tortura, genocidio y terrorismo cometidos en Argentina: «cuando los órganos judiciales españoles aplican dicho último precepto [se refiere al artículo 23.4 de la LOPJ], no invaden ni se inmiscuyen en la soberanía del Estado donde se cometió el delito, sino que hacen ejercicio de la propia soberanía española en relación con delitos internacionales. *España tiene jurisdicción para conocer de los hechos, derivada del principio de persecución universal de determinados delitos* -categoría de Derecho internacional- *acogida por nuestra legislación interna* [la cursiva es nuestra]⁴⁸⁶». A partir de ese momento, se hizo frecuente en cierto modo que los jueces y magistrados se valiesen del comentado precepto para juzgar casos graves acontecidos en el extranjero. Es más, debido al uso reiterado del derogado artículo 23.4 de la LOPJ, existió cierto temor a que la Audiencia Nacional -en virtud del mencionado artículo 65 e)- se arrogara el *status* o la condición de guardián en la custodia y salvaguarda, a nivel mundial, de los derechos humanos -con las complicaciones que ello trae inevitablemente consigo-. Así

⁴⁸⁴ Cfr. ACOSTA ESTÉVEZ, J. B., *ob. cit.* pág. 32.

⁴⁸⁵ REMIRO BROTONS afirma que España incorporó el principio de persecución universal, de conformidad con la permisividad que otorga la regulación internacional, «(...) al establecer las bases de su jurisdicción penal sobre crímenes que ofenden gravemente derechos humanos primarios o perjudican intereses fundamentales de la comunidad internacional». Cfr. REMIRO BROTONS, A., *Los crímenes de Derecho Internacional y su persecución judicial*, Cuadernos de Derecho Judicial, *ob. cit.*, pág. 94.

⁴⁸⁶ Fundamento de Derecho Décimo del Auto emitido por la Audiencia Nacional el 4 de noviembre de 1998. El documento se encuentra disponible en:
[http://www.fundacionpdh.org/jurisprudencia/1998-11-04-AN-\(Argentina\)-Auto-Competencia-Spain-Genocidio-Argentina.htm](http://www.fundacionpdh.org/jurisprudencia/1998-11-04-AN-(Argentina)-Auto-Competencia-Spain-Genocidio-Argentina.htm)

lo corroboran las palabras de REMIRO BROTONS cuando afirma que una de las razones por las que la Audiencia Nacional no se mostró, en ocasiones, conforme en reconocer el principio de justicia universal se debía a que deseaba «(...) evitar su transformación en juzgado de guardia del planeta (...)»⁴⁸⁷.

⁴⁸⁷ Cfr. REMIRO BROTONS, A., "Crímenes internacionales, jueces estatales", EPE, nº 134 (marzo-abril), 2010. Documento disponible en:
<http://www.politicaexterior.com/2010/03/crimenes-internacionales-jueces-estatales/>

II. Jurisprudencia relevante en la aplicación del precepto legal 23.4 de la LOPJ

El comienzo del ejercicio de la jurisdicción universal en España tuvo lugar sobre una serie de hechos acaecidos principalmente en Argentina y en Chile. A finales de la década de los 90, muchas fueron las órdenes internacionales de detención cursadas por España contra altos cargos del ejército y de la policía de ambos países. Uno de esos casos fue la célebre solicitud de extradición a México por los delitos de genocidio y terrorismo presuntamente cometidos por Roberto Cavallo como antiguo oficial del ejército argentino. Posteriormente, los órganos judiciales españoles hicieron un mayor uso del artículo 23.4 de la LOPJ para abrir otras causas sobre hechos ocurridos en diversos países que confirieron a España un papel destacado, en el seno de la comunidad internacional, respecto de la aplicación del principio de justicia universal.

En este capítulo se verá con detalle la jurisprudencia relevante emitida por los tribunales españoles con base en el comentado precepto legal. Asimismo, nos detendremos en los aspectos más importantes sobre los que se centró en su momento el debate doctrinal y jurisprudencial en relación con el principio de universalidad. Por consiguiente, comenzaremos analizando en el siguiente epígrafe los Autos de 4 y 5 de noviembre de 1998, de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en virtud de los cuales se dedujo la competencia de los tribunales españoles en los casos de Argentina y Chile (a pesar de la oposición de la fiscalía) y, por ende, los primeros atisbos de la aplicación del principio de justicia universal en España.

2. 1. *La primigenia invocación del principio de jurisdicción universal*

- a. Auto de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 1998 por el que se considera competente la justicia española para perseguir delitos de genocidio, torturas y terrorismo cometidos en Argentina

El asunto versa sobre la acusación de actos de genocidio, torturas y terrorismo cometidos por Adolfo Francisco Scilingo y otros en los años 1976 a 1983⁴⁸⁸. El Auto de 4 de noviembre de 1998 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional confirmaba la competencia de la jurisdicción española sobre tales hechos delictivos y denegaba la petición de sobreseimiento y de archivo formulada por los abogados defensores del acusado⁴⁸⁹. Este proceso fue de muy larga duración, ya que hasta el año 2005 no se emitió una sentencia condenatoria en contra de Scilingo por delitos de lesa humanidad que, dos años después, el Tribunal Supremo ratificaría. No obstante, ahora únicamente será considerado el citado Auto en la medida en que siembra los primeros indicios o trazos de la aplicación del principio de universalidad que, desde hacía años, regulaba el ordenamiento jurídico español⁴⁹⁰.

La Audiencia Nacional basó gran parte de su decisión en aplicar el artículo 23.4 de la LOPJ a la luz del artículo VI del Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio de 1948 del que España, como se sabe, formaba parte desde el 13 de septiembre de 1968⁴⁹¹, según el cual: «Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal

⁴⁸⁸ Este asunto tiene como punto de partida la denuncia interpuesta por el fiscal Carlos Castresana, el 28 de marzo de 1996, ante el juzgado de guardia de la Audiencia Nacional en virtud de la cual se instaba a los órganos judiciales españoles a perseguir los delitos cometidos durante la dictadura militar argentina que recibieron la tipificación penal de actos constitutivos de genocidio, terrorismo y torturas.

⁴⁸⁹ *Vid. Supra*. Nota 486.

⁴⁹⁰ El juzgado central de instrucción dictó en un primer momento una Providencia sobre la que se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación por parte de la representación procesal de Scilingo y otros. La línea argumental de la Providencia se articuló en los siguientes términos: «visto el escrito presentado por la representación procesal de Adolfo Francisco Scilingo, desde luego, en nada vincula a este Juzgado la resolución del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas Argentinas, órgano manifiestamente incompetente para decidir sobre los delitos de genocidio y terrorismo que se imputan por la Jurisdicción española al Sr. Scilingo y otros, y respecto de los cuales no ha sido juzgado, de acuerdo con el artículo 23 de la LOPJ y el Código Penal español. Por tanto, la competencia exclusiva de la Jurisdicción ordinaria española y nunca la militar viene impuesta por la Constitución Española y la Ley Orgánica citada, y así ha establecido en auto de fecha 25.3.98» (Antecedente de Hecho Segundo del Auto de 4 de noviembre de 1998). Finalmente, el recurso de reforma fue desestimado y el de apelación se acumuló a otro interpuesto por el Ministerio Fiscal en el que se alegaba la falta de jurisdicción y competencia española.

⁴⁹¹ La adhesión de España contaba con la reserva a la totalidad del artículo 9 del Convenio.

internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción». De la lectura de ambos preceptos se deducen, debido a cierta desarmonía entre ellos, situaciones un tanto pintorescas: a) que el precepto "español" resulte aplicable respecto de actos de genocidio que hayan ocurrido en el territorio de un Estado que no ha ratificado el Convenio de 1948; b) que no sea posible la aplicación del principio de personalidad activa cuando un nacional español a pesar de encontrarse en nuestro territorio haya perpetrado actos de genocidio en el extranjero (así ocurriría en el caso de considerar la primacía del Convenio y la consiguiente exclusión aplicativa de la LOPJ; ó, c) que España se convierta en un refugio para los responsables de la comisión de hechos atroces ante la imposibilidad de nuestras autoridades judiciales de actuar como consecuencia de una regulación interna e internacional un tanto enrevesada y paradójica. No es de extrañar, pues, que a tenor del contenido de los textos legales señalados, reinara cierta desazón en relación con la aplicación del principio de universalidad sobre actos susceptibles de ser calificados como ilícitos genocidas; todo apunta hacia el excesivo efecto restrictivo del artículo VI del citado Convenio⁴⁹².

Desde nuestra perspectiva, una interpretación literal del precepto sexto del Convenio sobre genocidio socavaría en gran medida el reconocimiento y la articulación del principio de justicia universal en todos aquellos Estados que lo hubieran ratificado. De hecho, la Sala mostraba su preocupación en caso de optar por una interpretación de este tipo, ya que ello podría dar lugar, por ejemplo, a una situación como la prevista en el apartado b) anterior. De acuerdo con ésta, no sería posible que el Estado del que es nacional el genocida pudiera ejercer su jurisdicción de conformidad con el principio de personalidad activa: «sería impensable que, por aplicación del Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio, España, por ejemplo, no pudiese castigar a un genocida de nacionalidad española que hubiese cometido el delito fuera de España y se hallase en nuestro país, cumplidos los requisitos del artículo 23, apartado dos, de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴⁹³».

Como era de esperar, muchos autores han mostrado su rechazo a esta interpretación, afirmando que un entendimiento literal del artículo VI ocasionaría absurdos resultados contrarios al espíritu del mencionado Convenio. Una de las críticas

⁴⁹² *Vid. Infra*. Pág. 206 y ss.

⁴⁹³ Fundamento de Derecho Segundo del Auto de la Audiencia Nacional 4 de noviembre de 1998.

más relevantes a este respecto, que ha consistido en propugnar la defensa y la validez del principio de universalidad sobre este tipo de instrumentos internacionales, es la llevada a cabo por REMIRO BROTONS: «absurdo es, en efecto, que las partes en un convenio para perseguir un crimen internacional particularmente grave renuncien a competencias consuetudinariamente establecidas; absurdo es que los Estados no partes en un mecanismo de cooperación multilateral dispongan de medios jurisdiccionales que las partes en el mismo abandonan; absurdo es que la jurisdicción se niegue a las partes en el Convenio de 1948 sobre el genocidio, mientras se afirma respecto de cualesquiera otros crímenes, contra la humanidad o de guerra⁴⁹⁴». De todos modos, independientemente de esta sólida argumentación, pueden hallarse interpretaciones muy diferentes en torno al citado artículo VI del Convenio que contribuyen a crear serias dudas respecto a la forma en la que debe ser apreciado. Como consecuencia de la falta de uniformidad en este campo, resulta previsible que la representación procesal del acusado Scilingo aprovechara la baza de semejante confusión para argumentar que el comentado artículo excluye la jurisdicción española en el conocimiento de delitos de genocidio cometidos fuera del territorio nacional.

No obstante lo anterior, la Audiencia Nacional estimó finalmente que el artículo VI «anuncia un tribunal penal internacional e impone a los Estados parte la obligación de que los genocidios sean obligatoriamente juzgados por los órganos judiciales del Estado en cuyo territorio los delitos se cometieron. [El referido artículo] (...) busca un compromiso de las Partes contratantes (...) de persecución del genocidio como delito de derecho internacional y de evitación de la impunidad de crimen tan grave (...)»⁴⁹⁵. En definitiva, la opinión de la Sala giró en torno a la imposibilidad de interpretar el citado precepto como un limitador en el ejercicio de una jurisdicción diferente a las que expresamente señala; y consideró que no se podía impedir a nuestros tribunales el ejercicio extraterritorial de sus competencias en relación con el delito de genocidio expresamente previsto en el artículo 23.4 de la LOPJ⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ Cfr. REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet: los límites de...*, ob. cit., pág. 67. Las consideraciones plasmadas en el cuerpo principal del texto versan sobre el Auto de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 1998. Sin embargo, debido a las similitudes entre un asunto y otro, las mismas resultan perfectamente aplicables al caso en cuestión.

⁴⁹⁵ Fundamento de Derecho Segundo del Auto de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 1998.

⁴⁹⁶ Así, el Fundamento de Derecho Segundo del Auto de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 1998 dispuso que: «(...) los términos del artículo 6 del Convenio de 1948 no autorizan tampoco a excluir la jurisdicción para el castigo del genocidio de un Estado parte, como España, cuyo sistema normativo

Lógicamente, la Convención sobre genocidio no debe entorpecer el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de jueces domésticos. Desde nuestro punto de vista, el artículo VI debe interpretarse a la luz de lo establecido en los artículos I y II; artículos que instan a los Estados parte a adoptar las medidas necesarias para prevenir tales actos de barbarie. Estas obligaciones no serían debidamente cumplimentadas si se permitiera que los Estados ratificantes del Convenio favorecieran -al no actuar o al actuar de tal modo que ningún resultado eficaz se pudiera obtener- la creación, dentro de sus propias fronteras, de espacios de impunidad. En el caso en cuestión, Argentina, al formar parte del Convenio de 1948 debería haber afirmado su jurisdicción sobre actos genocidas ocurridos en su territorio y, tal y como REMIRO BROTONS indica, los demás Estados pueden si así lo desean justificar su jurisdicción por medio del principio de universalidad que tiene su base en la persecución de delitos graves⁴⁹⁷.

Frente a esta asentada opinión, hay otras, como la de FERRER LLORET, que la tildan de ser "loable" en lo que se refiere a la defensa de los derechos humanos pero contraria a la *lex data* de la Convención de 1948. El autor citado, al hacer una lectura pormenorizada de los preceptos previstos en el mencionado Convenio, critica a la Audiencia Nacional por haber asumido su competencia en el caso argentino⁴⁹⁸. A su modo de ver, la aplicación literal de la discutida sexta disposición del Convenio imposibilita la actuación de los tribunales españoles, argumentado que no es posible que «los jueces y tribunales o la doctrina iusinternacionalista tengan capacidad para modificar el Derecho internacional a través de interpretaciones que fuerzan o más bien vulneran el tenor literal de sus normas⁴⁹⁹».

Sea como fuere, la Audiencia Nacional concluyó que la interpretación del artículo 23.4 de la LOPJ debía hacerse de forma subsidiaria a las actuaciones jurisdiccionales que el comentado precepto del Convenio indica. La Sala ahondó en la idea mencionada anteriormente de que este tipo de delitos, al afectar a la comunidad internacional en su conjunto, otorgan legitimación a los Estados para establecer una persecución de carácter universal «de forma que la jurisdicción de un Estado debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos, constitutivos de genocidio, que

recoge la extraterritorialidad en orden al enjuiciamiento de tal delito en el apartado cuatro del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de ningún modo incompatible con el Convenio».

⁴⁹⁷ Vid. REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet: los límites de...*, ob. cit., págs. 67 y 68.

⁴⁹⁸ Vid. FERRER LLORET, J., *El principio de jurisdicción universal: su aplicación en España, Cursos de Derechos Humanos en Donostia-San Sebastián*, ob. cit., pág. 123.

⁴⁹⁹ *Ibidem*.

estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en que ocurrieron o por un tribunal penal internacional⁵⁰⁰». Así, la Audiencia Nacional fue consciente de que aunque debió primar la jurisdicción territorial argentina frente a la española, al constatar la inexistencia de una verdadera intención por parte de Argentina de juzgar los hechos - por aprobar sendas leyes que de algún modo dejaban a la mayoría de los responsables fuera del alcance de la justicia-, razonó que la actuación de los órganos judiciales españoles quedaba más que justificada. Esta argumentación, no sólo se repite en el Auto de 5 de noviembre de 1998 relativo al caso *Pinochet*, sino también en el Auto de 13 de diciembre de 2000 relativo al asunto *Guatemala*.

Así pues, la Audiencia Nacional estimó aplicable el artículo 23.4 de la LOPJ. Desde su perspectiva, este precepto otorgaba suficiente legitimación a los tribunales españoles para conocer hechos delictivos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, siempre que fueran susceptibles de tipificarse bajo alguno de los tipos penales que la ley española contempla. Consecuentemente, la Sala se vio obligada a analizar la posible aplicación retroactiva de la LOPJ respecto de hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigor, llegando a la conclusión de que la citada norma no era una ley penal sino procesal y, por ende, su aplicación a momentos anteriores a su periodo de vigencia no contravenía el artículo 9.3 de la Constitución. De este modo, argumentó que: «(...) la consecuencia jurídica restrictiva de derechos derivada de la comisión de un delito de genocidio -la pena- trae causa de la norma penal que castiga el genocidio, no de la norma procesal que atribuye jurisdicción a España para castigar el delito. (...) La jurisdicción es presupuesto del proceso, no del delito⁵⁰¹».

Estas afirmaciones encuentran su sustento con base en lo siguiente: la premisa esencial del principio de legalidad consiste en determinar que los hechos deben constituir un delito cuando la pena que va a ser impuesta se encuentra previamente determinada por una ley anterior a la comisión del crimen; sin embargo, ello no es un obstáculo para que las normas procesales o de jurisdicción no sean preexistentes al hecho enjuiciable. De ahí nuestro énfasis dirigido a la aplicación retroactiva del artículo 23.4 de la LOPJ respecto de ilícitos perpetrados antes de su aprobación, ya que se trata de una regulación procesal y no penal. Sin embargo, hay quienes se han pronunciado a favor del carácter penal de las normas contenidas en la LOPJ; interpretación que

⁵⁰⁰ Fundamento de Derecho Segundo del Auto de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 1998.

⁵⁰¹ Fundamento de Derecho Tercero del Auto de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 1998.

lógicamente conduce a la imposibilidad de aplicar los preceptos referidos de forma retroactiva. Este tipo de argumentación, que según nuestro criterio no es convincente, encuentra su apoyo en la decisión del Comité de los Lores en el caso *Pinochet*, de 24 de marzo de 1999. En opinión de FERRER LLORET, el Comité decidió autorizar la extradición por actos de tortura a partir del 29 de septiembre de 1988, puesto que fue éste y no otro el momento en el que el Reino Unido ratificaba la correspondiente Convención. Además, el referido autor entiende que esta interpretación se situaría en la misma línea del espíritu del Estatuto de la CPI que se caracteriza por limitar su aplicación normativa y competencial a los hechos acontecidos tras su entrada en vigor, independientemente de que los crímenes sobre los que ejerce su competencia se encuentran debidamente reconocidos por el Derecho Internacional desde hace tiempo⁵⁰².

A modo de resumen, queda claro que, por un lado, España se declaraba competente en el caso argentino, a través de su propia normativa aplicada de forma subsidiaria en relación con el Convenio sobre genocidio, para conocer y juzgar uno de los delitos más graves que afectan a la humanidad. Entendemos que el criterio de la subsidiariedad aplicado para el delito de genocidio tuviera su lógica, ya que -como se verá a continuación- en Argentina no sólo no había un verdadero ánimo de juzgar estos delitos, sino que determinadas leyes (como la de Obediencia Debida y Punto Final) impedían que los responsables fueran algún día juzgados. Así, la absoluta ausencia de procedimientos judiciales dotaba de legitimación a la intervención de los tribunales españoles. Por otro lado, la Audiencia Nacional resuelve muy fácilmente el problema que se le plantea en cuanto a la entrada en vigor de la LOPJ, puesto que considera que el artículo 23.4 es un precepto legal de carácter procesal. Ello obliga al órgano judicial a afirmar su aplicación respecto de hechos ocurridos con anterioridad a su aprobación. A nuestro entender, todas estas valoraciones que lleva a cabo la Sala son de gran importancia y tienen, además, su correspondiente apoyo o justificación en la propia normativa interna española.

⁵⁰² Vid. FERRER LLORET, J., *El principio de jurisdicción universal: su aplicación en España, Cursos de Derechos Humanos en Donostia-San Sebastián*, ob. cit., pág. 118. Sobre este extremo, resulta pertinente traer a colación el asunto *Billy Joya* que se caracterizó, fundamentalmente, por impedir la aplicación retroactiva de la LOPJ. A estos efectos, debemos aclarar que Billy Joya fue capitán de la policía y persiguió, torturó e hizo desaparecer a cientos de compatriotas hondureños durante la década de los ochenta; fundó y participó en el escuadrón de represión conocido como "Lince" y "Cobra", torturando y asesinando a personas vinculadas con organizaciones progresistas. A pesar de los intentos de la justicia española por acusarle y condenarle, en julio de 2009 fue nombrado ministro asesor del gobierno de Roberto Micheletti en Honduras. Vid. *Infra*. Nota 546.

Más adelante, la Audiencia Nacional analiza una serie de cuestiones en las que observamos que su juicio resulta menos convincente. Concretamente nos referimos a la consideración que hace en torno a las conductas imputadas como hechos delictivos susceptibles de calificarse, según la ley penal española, como actos de genocidio. En este sentido, el órgano judicial español afirmó que: «en los hechos imputados en el sumario, objeto de investigación, está presente, de modo ineludible, la idea de exterminio de un grupo de la población argentina, sin excluir a los residentes afines. Fue una acción de exterminio, que no se hizo al azar, de manera indiscriminada, sino que respondía a la voluntad de destruir a un determinado sector de la población, un grupo sumamente heterogéneo, pero diferenciado. (...) El grupo lo integraban ciudadanos contrarios al régimen, pero también ciudadanos indiferentes al régimen. La represión no pretendió cambiar la actitud del grupo en relación con el nuevo sistema político, sino que quiso destruir el grupo, mediante las detenciones, las muertes, las desapariciones, sustracción de niños de familias del grupo, amedrentamiento de los miembros del grupo⁵⁰³».

Por lo tanto, no hay duda de que en opinión de la Audiencia Nacional los hechos imputados constituyen un delito de genocidio. En definitiva, lo que hace el órgano judicial en cuestión es considerar los "grupos nacionales" como un grupo más de los que componen el referido tipo penal⁵⁰⁴. Para llegar a esta conclusión, la Sala argumenta que: «el genocidio es un crimen consistente en el exterminio, total o parcial, de una raza o grupo humano, mediante la muerte o la neutralización de sus miembros. Así es socialmente entendido, sin necesidad de una formulación típica. (...) Sin distinciones, es un crimen contra la humanidad la ejecución de acciones destinadas a exterminar a un grupo humano, sean cuales sean las características diferenciadoras del grupo⁵⁰⁵». Esta concepción del genocidio que la Sala asume es, a nuestro modo de ver, un tanto dudosa. Un poco más adelante, añade que: «el sentido de la vigencia de la necesidad sentida por los países partes del Convenio de 1948 de responder penalmente al genocidio, evitando su impunidad, por considerarlo crimen horrendo de Derecho Internacional, requiere que los términos “grupo nacional” no signifiquen “grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación”, sino simplemente, “grupo humano nacional, grupo

⁵⁰³ Fundamento de Derecho Quinto del Auto de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 1998.

⁵⁰⁴ Tanto el Auto de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre como el de 5 de noviembre de 1998 desconfiguraron el tipo penal de genocidio al incluir una concepción de grupo que no se correspondía con lo previsto por la normativa nacional ni internacional.

⁵⁰⁵ Fundamento de Derecho Quinto del Auto de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 1998.

humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor⁵⁰⁶».

Algunos autores sostienen que en aquel momento, al no existir una regulación adecuada en materia de crímenes contra la humanidad, era necesario ampliar el tipo penal de genocidio e ir más allá de lo que establecían, a su entender, los artificiales preceptos del Convenio de 1948. Tuviera o no la Audiencia Nacional buen criterio para proceder a la extensión del tipo penal que aquí nos atañe, lo que sin duda hizo fue poner todo el énfasis posible en la más que probable errata del artículo 137 *bis* de la Ley 44/71 para apoyar su opinión, observando que: «(...) la idea de genocidio queda incompleta si se delimitan las características del grupo que sufre los horrores y la acción exterminadora. (...) la falta de una coma entre “nacional” y “étnico” no puede llevarnos a conclusiones de limitación en nuestro derecho interno, hasta el Código Penal de 1995, del tipo del genocidio en relación con la concepción internacional del mismo⁵⁰⁷». En definitiva, la Sala indicaba la imposibilidad de que los rasgos del genocidio se vieran acotados a un concreto y reducido listado de grupos, puesto que ello iba en su grave detrimento.

En cualquier caso, la mayor parte de la doctrina española entiende que la calificación de los hechos acaecidos en Argentina como actos subsumibles bajo el tipo penal de genocidio supone una laxa interpretación de los preceptos que lo regulan y ello supone una vulneración del principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. Esto es así en la medida en que en dicho país nunca existió un verdadero objetivo de terminar con un grupo nacional, étnico, racial o religioso. En realidad lo que se pretendió fue la destrucción de grupos políticos o, lo que es lo mismo, el aniquilamiento de personas contrarias al régimen. De esta forma, es fácil entender a FERRER LLORET cuando afirma que la Audiencia Nacional plasmó una argumentación errónea basada en sostener que el tipo penal del delito de genocidio debe configurarse en función de lo que se encuentra socialmente aceptado⁵⁰⁸. Argumenta con razón que si ello resultara admisible, nos veríamos abocados a que «el principio de legalidad en materia penal se (...) supedita[ría] al buen entendimiento que lleven a cabo los jueces sobre lo que es

⁵⁰⁶ Fundamento de Derecho Quinto del Auto de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 1998.

⁵⁰⁷ Fundamento de Derecho Quinto del Auto de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 1998.

⁵⁰⁸ Vid. FERRER LLORET, J., *El principio de jurisdicción universal: su aplicación en España*, *Cursos de Derechos Humanos en Donostia-San Sebastián*, ob. cit., pág. 119.

"socialmente aceptado"⁵⁰⁹».

Asimismo, la Sala estima que los hechos acaecidos en Argentina podían ser calificados, al igual que en el caso *Pinochet*, como delitos de terrorismo⁵¹⁰ y tortura⁵¹¹. Sobre estas cuestiones, el órgano judicial español no se pronuncia en exceso y afirma que al calificar los hechos imputados como actos genocidas, es lógico que ello abarque otro tipo de delitos graves. La Audiencia Nacional continúa su argumentación manifestando que es tal la importancia del artículo 23.4 que no sólo le otorga competencia para conocer los hechos acaecidos en el extranjero, sino que el mismo no puede quedar "neutralizado" por el artículo 2.1 de la Carta de la ONU que proclama el principio de igualdad soberana de todos sus miembros. A este respecto, el citado órgano judicial aclara que el precepto contenido en la LOPJ no se interpone de ninguna manera en la soberanía del Estado en el que se producen los graves hechos delictivos.

Al margen de las consideraciones anteriores, uno de los aspectos más relevantes de este Auto es que visualiza el artículo 23.4 de la LOPJ como una vía legítima para otorgar competencia a los tribunales españoles respecto de hechos ocurridos en el extranjero. En otras palabras, el tipo de competencia que tiene España sobre ilícitos graves acontecidos más allá de nuestras fronteras surge a través del principio de persecución universal que se encuentra plasmado en nuestra normativa interna. De este modo, la relevancia del Auto radica en la consideración relativa a que, a partir de entonces, dicho principio se encuentra no sólo positivamente reconocido sino judicialmente aplicado. No obstante, la Audiencia Nacional reconoció que existía en el caso en cuestión un *interés* legítimo en el ejercicio de su jurisdicción, ya que había alrededor de quinientos españoles muertos o desaparecidos en Argentina víctimas de la represión⁵¹². Así pues, junto con el criterio de subsidiariedad que lleva a la Sala a aplicar el artículo 23.4 de la LOPJ, se advierte un interés nacional -que nada tiene que

⁵⁰⁹ Cfr. FERRER LLORET, J., *El principio de jurisdicción universal: su aplicación en España, Cursos de Derechos Humanos en Donostia-San Sebastián*, ob. cit., pág. 119.

⁵¹⁰ Sobre esta cuestión, FERRER LLORET afirma que no es posible calificar los hechos enjuiciados como actos de terrorismo, ya que existe, en el seno de la comunidad internacional, una «(...) falta de consenso que se observa entre los Estados para su definición general a los efectos de la responsabilidad penal del individuo». *Ibid.* Pág. 124. El citado autor considera que, en el ámbito interno, el referido delito sólo podría aplicarse de forma retroactiva en el caso de que fuera favorable al reo y ello, obviamente, no sucede en el caso en cuestión.

⁵¹¹ Según FERRER LLORET, el delito de tortura no debería ser aplicable a los hechos ocurridos en Argentina, ya que la entrada en vigor del comentado tipo penal en el ordenamiento jurídico español se produjo con posterioridad. *Vid.* FERRER LLORET, J., *El principio de jurisdicción universal: su aplicación en España, Cursos de Derechos Humanos en Donostia-San Sebastián*, ob. cit., pág. 124.

⁵¹² Fundamento de Derecho Décimo del Auto de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 1998.

ver con el principio de universalidad, puesto que como ya se sabe éste prescinde de todo requisito- que se erige como una razón más de apoyo o de justificación de su competencia. Creemos que la Sala debió considerar dicho interés como un "ingrediente" adicional que contribuía a otorgar solidez al criterio de razonabilidad que debe estar presente en todo proceso, evitando así la posibilidad de que la Audiencia Nacional se viera colapsada en sus tareas por la llegada de nuevos asuntos.

De lo anterior se desprende, como no podía ser de otra manera, la relevancia inmediata del Auto comentado. Esta trascendencia no se limitó al territorio español, sino que fue percibida más allá de nuestras fronteras. Prueba de ello, fueron las declaraciones de los presidentes argentinos saliente y entrante que lo calificaron como un: «nuevo intento de intromisión colonial en nuestra soberanía jurisdiccional» y como una «resolución no operativa en nuestro país»⁵¹³. En torno a estas declaraciones, no hay que olvidar que la situación del país argentino, respecto a su periodo dictatorial, no estaba exenta de polémica. Ello es así ya que, durante la década de los 80, Argentina ofreció soluciones de poca significación. Aunque se inclinó por la apertura de procesos que tuvieron por objeto juzgar los crímenes graves cometidos en su propio territorio, estas medidas resultaron ser ineficaces e insuficientes y, a su vez, dieron claras muestras de condescendencia y/o indulgencia hacia los perpetradores de tan aberrantes crímenes. Un ejemplo de ello fue la investigación llevada a cabo por la Comisión Nacional de Desaparición de Personas (CONADEP)⁵¹⁴. Sobre más de los ocho mil casos en los que se constató la realización de conductas punibles graves durante la dictadura militar argentina, el fiscal de la Cámara Federal de Buenos Aires empleó medidas contra tan sólo setecientos once. Hubo varias sentencias condenatorias pero, en general, la mayor parte de los crímenes quedaron sin castigo. Además, la Ley de Punto Final número 23492 -promulgada a finales de 1986- estableció un plazo de sesenta días para la

⁵¹³ Cfr. GARCÍA MARTÍNEZ DE MURGUÍA, P., "Soberanismo e impunidad", *El Mundo*, 19 de noviembre de 1999. Documento disponible en:

<http://www.fundacionpdh.org/prudencio/articulos/1999-11-19-Soberanismo-e-impunidad.htm>

⁵¹⁴ CONADEP fue creada en 1983 por el gobierno argentino con el propósito de investigar la desaparición forzosa de miles de personas durante la dictadura militar en Argentina. Estos trabajos fueron el origen del "Informe Nunca Más" (conocido también como "Informe Sábado") publicado en 1984.

Documento disponible en: <http://www.fundacionpdh.org/lesahumanidad/informes/argentina/informe-de-la-CONADEP-Nunca-mas.htm>

Dicho informe conmocionó a la opinión pública, ya que recogía «(...) el testimonio de miles de víctimas y testigos, y describía la terrible metodología utilizada por las fuerzas armadas para luchar contra la guerrilla, los secuestros, los métodos de tortura, los centros clandestinos de detención y las desapariciones». Cfr. GIL LAVEDRA, R., "Justicia transicional en Argentina: el papel de los tribunales penales", en: ALMQVIST, J., Y ESPÓSITO, C. (coordinadores), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pág. 47.

presentación de escritos que tuvieran por objeto la denuncia por violación de derechos humanos⁵¹⁵. Este breve plazo que se daba a las víctimas para actuar es una prueba del escaso interés que por aquel entonces mostraban las autoridades gubernamentales sobre los crímenes sufridos por sus propios compatriotas. Asimismo, tampoco hay que olvidar que la Ley de Obediencia Debida número 23521, de 1987, operaba también como una fuerte limitación a que los hechos graves entonces cometidos fueran verdaderamente juzgados y condenados, ya que al absolver a los militares de rango intermedio y menor se produjo el no procesamiento de casi todos los oficiales implicados en la represión argentina⁵¹⁶. Y lo mismo cabe decir respecto de los bochornosos indultos concedidos entre 1989 y 1990 -por el entonces presidente argentino Carlos Menem- en virtud de los cuales se apreciaba la clara intención de conceder impunidad a los responsables de los hechos más graves del reciente y trágico pasado del país argentino.

Teniendo en cuenta la posición gubernamental argentina de aquel momento respecto de los graves hechos que ahí sucedieron, no es de extrañar que surgieran fuertes críticas en relación con la actuación judicial española. En definitiva, muchas figuras destacadas del país argentino denunciaron la intolerable injerencia de los tribunales españoles en su territorio⁵¹⁷. No obstante, otros muchos lo consideraron como un punto de inflexión indiscutible en la persecución de graves crímenes. Así, REMIRO BROTONS considera que no es posible sostener que lo que pretendió la Audiencia Nacional -tanto en el Auto del 4 de noviembre de 1998 como en el de un día después- al «liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso (...) [fue pactar] (...) un monopolio de

⁵¹⁵ Artículo 1 de la Ley de Punto Final: «Se extinguirá la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del art. 10 de la ley 23.049, que no estuviere prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente ley».

⁵¹⁶ Tanto la Ley de 1986 como la de 1987 fueron declaradas nulas por la Corte Suprema de Argentina en el año 2005. Asimismo, ambas fueron fuertemente reprendidas por la CIDH. Dichas leyes -decretadas por el presidente Alfonsín- tenían por objeto dispensar de responsabilidad a los altos mandos militares que participaron en la represión argentina. Toda la documentación sobre ambas leyes se encuentra disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/arg/ley/main.html>

Para un resumen detallado y minucioso de los hechos ocurridos tras la dictadura militar argentina que ostentó el poder entre 1976 y 1983 véase: GIL LAVEDRA, R., *ob. cit.*, págs. 43 y ss.

⁵¹⁷ Este tipo de argumentaciones que se basan en una defensa mal encarada de la soberanía territorial no son más que una excusa para negar o desproteger los derechos más elementales de las personas en un determinado territorio. A este respecto, creemos que resulta interesante la observación manifestada por GARCÍA MARTÍNEZ DE MURGUÍA: «el concepto de soberanía jurisdiccional, territorialidad estricta y no injerencia, defendido a ultranza -y aplicado a un área tan sensible como los derechos humanos- no significa otra cosa que defender el derecho soberano de cada Estado a perpetrar dentro de sus fronteras los más execrables crímenes, garantizando su absoluta impunidad». *Cfr.* GARCÍA MARTÍNEZ DE MURGUÍA, P., *Soberanismo e impunidad, El País, ob. cit.*

jurisdicción a favor de un Estado que, como acontece ahora con [Argentina y] (...) Chile, puede declinar su ejercicio efectivo atendiendo a consideraciones políticas vinculadas a la detentación del poder por los responsables de los actos perseguidos o a la estrecha vigilancia que ejercen sobre quienes lo ostentan⁵¹⁸». No hay que desistir, pues, en el empeño de hacer constatar la importancia del Auto que acaba de ser analizado, si bien algunas de las argumentaciones de la Sala no son ni válidas ni convincentes.

- b. Auto de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 1998 por el que se considera competente la justicia española para perseguir delitos de genocidio, torturas y terrorismo cometidos en Chile

Unos días después de la denuncia presentada ante los órganos judiciales españoles por los hechos delictivos ocurridos durante la terrorífica represión argentina, se interpuso otra que seguía la misma línea del caso anterior aunque esta vez versaba sobre los graves sucesos acaecidos durante la larga dictadura chilena (1973-1990). La competencia de este asunto recayó en el juzgado de instrucción número seis de la Audiencia Nacional que se encontraba a cargo del juez Manuel García Castellón⁵¹⁹. Este proceso, al igual que el anterior, contó con la oposición de la fiscalía. No obstante, a diferencia de lo que ocurrió en el juicio argentino, el fiscal no impugnó el ejercicio de la jurisdicción española. Finalmente, tras meses de contienda, se produjo en España un hecho determinante que modificó el rumbo de la historia del Derecho Internacional.

Remontándonos al origen del Auto de 5 de noviembre de 1998⁵²⁰, debemos hacer hincapié en torno a una serie de complejas actuaciones cuyo punto de partida arranca con el 16 de octubre de 1998. Aquel día, el general y senador vitalicio, Augusto Pinochet Ugarte, era detenido en Londres bajo el requerimiento realizado por el juez Baltasar Garzón (perteneciente al juzgado de instrucción número cinco). El ex mandatario chileno había viajado a Reino Unido para someterse a una operación quirúrgica. Sin embargo, ese viaje se convirtió, a partir de entonces, en un largo proceso de extradición. En un primer momento, este asunto llegó a manos del citado juez por

⁵¹⁸ Cfr. REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet: los límites de...*, ob. cit., pág. 68.

⁵¹⁹ El juzgado central de instrucción número seis dictó, el 15 de septiembre de 1998, un Auto en cuya parte dispositiva se decía lo siguiente: «Librese Comisión Rogatoria Internacional a las Autoridades Judiciales de Santiago de Chile, a fin de que se certifique, a la mayor brevedad posible, si existen abiertas causas penales contra don Augusto Pinochet Ugarte, y en caso afirmativo, número de los mismos y delitos que se le imputan».

⁵²⁰ Vid. *Supra*. Nota 242.

medio de la *Operación Cóndor*, una de cuyas víctimas fue el chileno Carlos Altamirano que sufrió un intento de asesinato en España. Conviene recordar que esta operación o plan, que fue ideado por los dirigentes militares del Cono Sur con la intención de eliminar a todos los opositores políticos de la región, abarcó la *Operación Colombo* que implicó la desaparición de 119 chilenos a manos de la Dirección de Inteligencia Nacional -la cual dependía de Augusto Pinochet y de la junta militar, siendo sus atribuciones ilimitadas respecto a la represión chilena⁵²¹- con la consiguiente campaña mediática previa que debía de convencer a la opinión pública de la inexistencia de dichos desaparecidos. Las muertes fueron disfrazadas como meras rencillas políticas internas de la izquierda y, específicamente, del partido político Movimiento de Izquierda Revolucionaria⁵²². La prensa chilena trató de respaldar las posiciones del gobierno, es decir, que las personas buscadas por sus familiares habían huido del país y estaban eliminándose los unos a los otros en el extranjero.

En abril de 1998, la agrupación de ex detenidos y desaparecidos chilenos presentó una querrela en España por los sucesos sufridos en el país argentino, ya que ahí perecieron más de 90 chilenos como consecuencia de la *Operación Cóndor*. Ante dicha situación, el juez Garzón dictó prisión provisional a Augusto Pinochet Ugarte con el consiguiente revuelo generado a nivel interno, así como a nivel internacional. Hay que recordar que, en ese momento, el asunto chileno como tal estaba en manos del juez García Castellón; éste disponía de competencia para investigar los hechos delictivos de la denuncia interpuesta por la Unión Progresista de Fiscales, el 1 de julio de 1996, sobre los graves hechos ocurridos tras el derrocamiento de Salvador Allende el 11 de septiembre de 1973⁵²³. La información que este juez manejaba acerca de las víctimas de la dura dictadura chilena, se obtuvo a través del conocido *Informe Rettig*, el cual estableció -por medio de múltiples investigaciones- la cifra aproximada de víctimas que sufrieron dicha represión. No obstante, los sucesos de octubre de 1998 en virtud de los cuales el juez Garzón dictó auto de prisión y orden de detención contra el antiguo dirigente chileno con el fin de que se produjera su extradición, le llevaron a convertirse en el único juez instructor de las causas argentinas y chilenas. Éste dictó un nuevo auto con la intención de que los hechos cometidos por el ex dictador chileno recibieran la

⁵²¹ Vid. KATZ, C., "La represión", *Chile bajo Pinochet*, Ed. Anagrama, Barcelona, 1975, pág. 96.

⁵²² Vid. SEPÚLVEDA RUIZ, L., "Cómo mentir 119 veces", *119 de nosotros*, Ed. Lom, Santiago de Chile, 2005, págs. 15 y ss.

⁵²³ La denuncia planteada ante el juez García Castellón hacía referencia al asesinato en Chile de varios españoles de origen.

calificación de actos de genocidio, terrorismo y torturas. Unos días después, el 20 de octubre de 1998, García Castellón se inhibía a favor del juzgado número cinco respecto de los delitos acontecidos en Chile.

En Europa, se vivieron estos acontecimientos con gran intensidad y producto de ello fue la resolución dictada por el Parlamento Europeo, en octubre de 1998, en virtud de la cual se felicitaba a las autoridades británicas y españolas por su «compromiso con el principio de justicia universal para la protección de los derechos humanos, de acuerdo con los Tratados internacionales suscritos por los distintos Estados Miembros (...); e instaba «(...) al Gobierno español a que, en caso de que las autoridades judiciales lo requieran, solicite con la mayor rapidez la extradición del general Pinochet al objeto de que pueda comparecer en las diferentes causas abiertas en España sobre los delitos que se le imputan⁵²⁴». No obstante, hubo también muchas críticas dirigidas a cuestionar la actuación de las autoridades judiciales de ambos países⁵²⁵.

Posteriormente, el 28 de octubre de 1998, la *High Court* del Reino Unido consideró -mediante Sentencia- *nula* la primera y segunda orden de detención emitida por los órganos judiciales españoles, decantándose sin embargo por el arresto del ex general hasta la resolución final del asunto. Más adelante, el primer Comité de Apelación de la Cámara de los Lores, el 25 de noviembre de 1998, decidió revocar dicha Sentencia e invalidar la inmunidad diplomática del acusado. Mientras tanto, los jueces españoles actuaban y, como consencuencia de ello, se proclamaron competentes el 4 y el 5 de noviembre de 1998 para conocer y juzgar los trágicos hechos argentinos y chilenos. El juez Garzón solicitó la extradición de Augusto Pinochet Ugarte y, el 11 de noviembre, fue recibida por el Secretario de Interior del gobierno de Su Majestad Británica. Justo un mes después, comenzó el procedimiento de extradición con la

⁵²⁴ Documento disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/europa/parlamento/pino.html>

⁵²⁵ SORIANO GARCÍA afirma que el «(...) ejercicio combinado de acciones procesales en el Reino de España y el Reino Unido puede suponer una actitud de colonialismo jurídico impropio de nuestra época». Cfr. SORIANO GARCÍA, J. E., "Hacia un cambio en el derecho internacional", RO, nº 221 (octubre), 1999, pág. 9. No obstante, algunos consideran que este tipo de críticas carecen de sentido. Así lo indican las contundentes palabras de GUZMÁN TAPIA: (...) comienza [el profesor Cury Urzúa] por comentar la opinión de un ex parlamentario que critica la ratificación por Chile del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, para luego declarar: "Si el Tratado de Roma hubiese estado ratificado (en Chile) cuando Augusto Pinochet viajó a Londres en las postrimerías del siglo pasado, ningún juez español de segundo orden y sediento de publicidad habría podido despachar una orden de detención y una solicitud de extradición para ser conocida por tribunales británicos". Cfr. GUZMÁN TAPIA, J., "La envidia y el juez Garzón", *El País*, 4 de agosto de 2009. Documento disponible en: http://www.elpais.com/articulo/opinion/envidia/juez/Garzon/elpepiopi/20090804elpepiopi_4/Tes

primera comparecencia del acusado. No obstante, en diciembre, se presentaron sendos recursos en contra de la Sentencia de 25 de noviembre que implicó la posibilidad de que la del 28 de octubre -previamente revocada- se hiciera firme y con ello se confirmara la inmunidad del general. Finalmente, la Sentencia de 25 de noviembre fue anulada, ya que uno de los jueces (Lord Hoffman) no había informado pertinentemente acerca de sus relaciones con Amnistía Internacional. El segundo Comité de Apelación de la Cámara de los Lores decidió, el 24 de marzo de 1999, que era posible extraditar al presunto responsable respecto del delito de torturas y conspiración para torturar⁵²⁶. Se debatió, por lo tanto, acerca de si Augusto Pinochet podía ser extraditado sobre hechos delictivos anteriores al reconocimiento de la competencia extraterritorial británica. Finalmente, se concluyó que era posible conceder dicha extradición respecto de ilícitos cometidos con posterioridad al 29 de septiembre de 1988, puesto que esa fue la fecha en la que la *Criminal Justice Act* otorgó competencia extraterritorial a los jueces británicos para conocer y juzgar delitos de tortura perpetrados más allá de las barreras territoriales del Reino Unido. Concretamente, el senador vitalicio Pinochet Ugarte sólo podía ser extraditado por torturas o conspiración para torturar a partir del 8 de diciembre de 1988, ya que fue en ese momento y no antes cuando se produjo la entrada en vigor para Gran Bretaña de la Convención de 1984 que tipificaba tales delitos. El juez Garzón acordó, el 30 de abril de 1999, la ampliación del procesamiento a un total de setenta y dos casos de tortura. Unos meses más tarde, Chile pidió al gobierno español la posibilidad de someter a un arbitraje internacional la disputa por la detención de Pinochet. Posteriormente, el juez Graham Parkinson fijó, el 27 de septiembre, el día de inicio del juicio de extradición. Frente a todas estas actuaciones, el gobierno español comenzó a mostrar sus reticencias y el entonces ministro de asuntos exteriores, Abel Matutes, lamentó la actuación de los tribunales españoles como un desgaste de la relaciones bilaterales entre Chile y España. Al mismo tiempo, la salud del general aparentaba empeorar y como consecuencia fue sometido a varias pruebas médicas. A raíz de esto, el 2 de marzo de 2000, el ministro Jack Straw decidió liberar a Augusto Pinochet tras quinientos tres días de arresto. A pesar del escaso resultado obtenido por parte de los tribunales españoles,

⁵²⁶ Esta decisión se determinó por medio de la *Extradition Act* en virtud de la cual sólo se concede la extradición a un extranjero para el enjuiciamiento de delitos cometidos más allá del territorio británico cuando los ilícitos presentan un marcado carácter extraterritorial.

el general se encontró al llegar a Chile que el juez Juan Guzmán Tapia iniciaba varios procesos contra él con la clara intención de poner fin a su inmunidad parlamentaria⁵²⁷.

Conforme a lo anteriormente expuesto, -como ya ocurriera con el asunto argentino- la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional -reunida en Pleno- ratificó por unanimidad, el 5 de noviembre de 1998, la competencia de los tribunales españoles para conocer y juzgar los crímenes perpetrados durante la férrea dictadura chilena. Los argumentos asumidos por la Sala coinciden en gran medida con los del Auto emitido por la misma un día antes.

Así, el Auto de 5 de noviembre de 1998 estimó aplicable el criterio de la subsidiariedad de la jurisdicción española para el delito de genocidio contemplado en la Convención de 1948. Como ya se sabe, el artículo VI del referido Convenio establece la competencia del Estado en el que se hayan producido los hechos delictivos, así como la de un tribunal penal internacional. A estos efectos, la Sala consideró -en los mismos términos que en el asunto argentino- que dicho artículo no excluía «la existencia de órganos judiciales con jurisdicción distintos de los del territorio del delito o de un tribunal internacional⁵²⁸». En su opinión, sostener una interpretación contraria hubiera supuesto una vulneración del espíritu del Convenio de 1948⁵²⁹. Sobre este extremo, son muchos los autores que mantienen que una interpretación literal del artículo VI daría lugar a una situación disparatada⁵³⁰. Como sucedió con el caso argentino, la Sala no puede entender que de la exégesis del artículo VI se impida a los Estados -que hayan ratificado el Convenio- utilizar el principio de personalidad activa recogido en sus normativas internas⁵³¹. En la misma línea del reciente planteamiento, no debería excluirse la jurisdicción sobre el genocidio por parte de un Estado, como España, cuyo sistema normativo recoge la extraterritorialidad jurisdiccional. De esta forma, aunque la

⁵²⁷ Para un resumen detallado y minucioso de los hechos que constituyeron el asunto *Pinochet* véase: REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet: los límites de...*, ob. cit., págs. 13 y ss. Gran parte de la documentación jurídica de este asunto se encuentra disponible en:

<http://www.fundacionpdh.org/lesahumanidad/pinochet/pinochet.htm>

⁵²⁸ Fundamento de Derecho Segundo del Auto de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 1998.

⁵²⁹ Fundamento de Derecho Segundo del Auto de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 1998: «Mas sería contrario al espíritu del Convenio -que busca un compromiso de las Partes contratantes, mediante empleo de sus respectivas normativas penales, de persecución del genocidio como delito de derecho internacional y de evitación de la impunidad de crimen tan grave- tener el citado artículo 6 del Convenio por norma limitativa del ejercicio de la jurisdicción, excluyente de cualquiera otra distinta de las que el precepto contempla».

⁵³⁰ *Vid. Supra*. Nota 494.

⁵³¹ La Sala puntualiza que no sería de recibo que el Convenio de 1948 prohibiera a España castigar a un genocida de nacionalidad española que hubiese cometido el delito fuera de España y se hallase en nuestro país, cumplidos los requisitos del artículo 23.3 de la LOPJ.

Sala reconoce la superioridad del Derecho Internacional, entiende que el precepto español es aplicable de forma subsidiaria con respecto a los dos tipos de jurisdicciones que el Convenio de 1948 contempla.

Siguiendo con la argumentación anterior, la Audiencia Nacional reconoce que un Estado no debería actuar cuando los hechos, constitutivos de genocidio, se estuvieran efectivamente juzgando por los tribunales del país en el que ocurrieron o por un tribunal penal internacional⁵³². Sin embargo, la Ley de Amnistía en Chile -como lo fue la Ley de Obediencia Debida y la Ley de Punto Final en Argentina- muestra el escaso interés que existía por parte de los tribunales chilenos a la hora de juzgar los graves crímenes de su pasado más inmediato⁵³³. Resulta significativo que tras la amnistía de gran parte de los ilícitos acaecidos tras el derrocamiento de Salvador Allende, se elaborara una Constitución diseñada en favor del mantenimiento de leyes claramente orientadas a impedir a las víctimas -del régimen impuesto con el golpe de Estado- la reclamación de los daños sufridos⁵³⁴.

De todos modos, conviene tener presente que los actos de asesinato, torturas, lesiones, detenciones ilegales, violaciones, etc., perpetrados en Chile, no deberían de haberse subsumido bajo el tipo penal de genocidio en la medida en que las personas afectadas no constituían un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Las víctimas de tan horribles crímenes fueron personas contrarias al régimen impuesto que, en opinión de los culpables, eran considerados como enemigos del poder establecido. Estas personas al constituir un grupo político o ideológico no podían ser víctimas de actos

⁵³² Fundamento de Derecho Segundo del Auto de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 1998.

⁵³³ Esta falta de interés resulta palpable para la Audiencia Nacional y así lo manifiesta: «Han de tenerse por imprejuizados los delitos a que se ha hecho referencia [en los párrafos anteriores sobre víctimas españolas]. Con independencia de que el Decreto-Ley 2.191 de 1978 pueda considerarse contrario al *ius cogens* internacional, dicho Decreto-Ley no debe tenerse por verdadero indulto conforme a la normativa española aplicable en este proceso y es calificable de norma despenalizadora por razones de conveniencia política, de modo que su aplicación no se incardina en el caso del imputado absuelto o indultado en el extranjero (letra c del apartado dos del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), sino en el caso de conducta no punible -a virtud de norma despenalizadora posterior- en el país de ejecución del delito (letra a del mismo apartado dos del artículo 23 de la Ley citada), lo que ninguna virtualidad tiene en los casos de extraterritorialidad de la jurisdicción de España por aplicación de los principios de protección y de persecución universal, visto lo dispuesto en el apartado cinco del tan repetido artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial» (Fundamento de Derecho Octavo del Auto de 5 de noviembre de 1998). Hay que poner de relieve que el referido Decreto Ley fue duramente criticado por la CIDH.

⁵³⁴ A este respecto, REMIRO BROTONS puntualiza que la Constitución chilena fue «(...) hecha a la medida del dictador, senador vitalicio y cancerbero de toda reforma». Cfr. REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet: los límites de..., ob. cit.*, pág. 70.

genocidas de conformidad con la ley nacional e internacional⁵³⁵. No obstante, la Audiencia Nacional no alberga ninguna duda acerca de que los graves hechos perpetrados en Chile deben recibir tal calificación, frente a la oposición de la fiscalía que opta por defender la teoría en virtud de la cual los hechos objeto de enjuiciamiento no pueden recibir dicha calificación penal, puesto que durante la dictadura chilena - establecida a partir del 11 de septiembre de 1973- no se actuó contra ninguno de los grupos que conforman el tipo penal de genocidio. Así pues, a pesar de las objeciones planteadas por el fiscal, la Audiencia Nacional se aferró a una concepción social del delito de genocidio poco creíble con base en los mismos argumentos que un día antes puso de relieve. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que el Comité de Apelación de la Cámara de los Lores manifestó, el 24 de marzo de 1999, que no era posible la extraditación de Augusto Pinochet respecto del delito de genocidio, por lo que el análisis de estas cuestiones no es tan determinante a efectos de comprender lo que verdaderamente fue valorado en el proceso de extradición.

Así todo, junto al criterio de subsidiariedad y a la calificación de los hechos como delitos de genocidio, la Audiencia Nacional hizo hincapié en el interés nacional existente sobre los crímenes ocurridos en Chile, ya que fueron muchas las víctimas españolas⁵³⁶. Esta mención de los intereses españoles en relación con el principio de universalidad no era necesaria; posiblemente respondía no sólo al propósito de apoyar o justificar la competencia de los tribunales españoles, sino también como una forma de evitar la avalancha de procedimientos judiciales de semejantes características ante los juzgados españoles. REMIRO BROTONS estima, con buen criterio, que esta referencia no era «necesaria -ni en España viable- para fundamentar el ejercicio de dicha jurisdicción [-la de España en el caso chileno-] pero es un acicate para motivarlo⁵³⁷». En todo caso, la referencia a las víctimas españolas lleva a muchos autores a argumentar que tan sólo

⁵³⁵ La polémica decisión de no incorporar los grupos políticos al comentado delito fue una cuestión deliberada de los Estados parte, adoptada durante la elaboración del Convenio sobre genocidio. Los argumentos plasmados, durante los debates celebrados para la confección del referido Convenio, se basaron en sostener que los grupos políticos no tenían rasgos constantes ni definidos y como organizaciones voluntarias eran completamente diferentes a los grupos protegidos. *Vid.* RATNER, S., Y ABRAMS, J., *ob. cit.*, pág. 34. Sin embargo, resulta interesante traer a colación la opinión expuesta por los mencionados autores, ya que de algún modo critican la no inclusión de aquéllos y, por tanto, su consiguiente desprotección en el ámbito del Convenio sobre genocidio: «In light of the prevailing opinion concerning the irrelevance of motive in determining whether genocide has occurred, it is clear that a protected group does not lose its protected status under the Convention because it happens to include, or even consist entirely of, political opponents». *Cfr.* RATNER, S., Y ABRAMS, J., *ob. cit.*, pág. 35.

⁵³⁶ El Fundamento de Derecho Octavo del Auto de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 1998 hace referencia a las desapariciones y muertes de españoles.

⁵³⁷ *Cfr.* REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet: los límites de...*, *ob. cit.*, pág. 69.

el asunto *Pinochet* ventilado ante las autoridades judiciales belgas fue el que verdaderamente trató, en puridad, la cuestión de la jurisdicción universal⁵³⁸.

Sea como fuere, debido al carácter novedoso del caso en cuestión y la consiguiente aplicación de la LOPJ, la Sala se plantea si la normativa española puede aplicarse a hechos anteriores a su entrada en vigor. En concordancia con lo que expresó el día anterior, la Audiencia Nacional hace hincapié en que la LOPJ no es una norma de punición sino una norma de naturaleza procesal y, como tal, su aplicación puede ser retroactiva⁵³⁹. Los argumentos esgrimidos por los jueces españoles en el asunto chileno son exactamente los mismos que los emitidos en el caso argentino. A estas alturas debe quedar claro que el artículo 23.4 no tipifica acción u omisión, sino que simplemente se limita a proclamar la jurisdicción de España respecto del enjuiciamiento de delitos definidos y sancionados por nuestro ordenamiento jurídico.

Continuando con el razonamiento expuesto en el Auto de 5 de noviembre de 1998, la Sala considera que los hechos imputados son también constitutivos de actos de terrorismo y torturas. Entiende, por un lado, que es posible calificar los hechos delictivos como actos terroristas porque: «hallamos en las muertes, lesiones, coacciones y detenciones ilegales objeto del procedimiento la nota característica de realizarse por personas integradas en una banda armada, con independencia de las funciones institucionales que esas personas ostentasen, pues debe tenerse en cuenta que las muertes, lesiones, coacciones y detenciones ilegales aludidas eran efectuadas en la clandestinidad, no en ejercicio regular de la función oficial ostentada, aunque prevaleciendo de ella (...)»⁵⁴⁰. A este respecto, la Audiencia Nacional proclama que dispone de competencia para enjuiciar dichos actos, independientemente de que existan o no víctimas de nacionalidad española⁵⁴¹. En relación con el principio de universalidad,

⁵³⁸ Sobre este extremo, DAVIS expone la siguiente cuestión: «Of the courts involved in the Pinochet litigation, only the Belgian deemed universal jurisdiction alone to be sufficient basis». Cfr. DAVIS, M., "Externalised Justice and Democratisation: Lessons from the Pinochet Case", PS, Vol. 54, 2006, pág. 256.

⁵³⁹ Fundamento de Derecho Tercero del Auto de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 1998: «La norma procesal en cuestión ni es sancionadora desfavorable ni es restrictiva de derechos individuales, por lo que su aplicación a efectos de enjuiciamiento penal de hechos anteriores a su vigencia no contraviene el artículo 9, apartado tres, de la Constitución Española. La consecuencia jurídica restrictiva de derechos derivada de la comisión de un delito de genocidio -la pena- trae causa de la norma penal que castiga el genocidio, no de la norma procesal que atribuye jurisdicción a España para castigar el delito».

⁵⁴⁰ Fundamento de Derecho Sexto del Auto de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 1998.

⁵⁴¹ A este respecto, SÁNCHEZ LEGIDO considera que no sólo no hay una definición en torno al terrorismo que sea aplicable a los delitos cometidos por Pinochet, sino que la calificación de los mismos como terrorismo de Estado no resulta recomendable. Vid. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, ob. cit., pág. 215.

algunos autores argumentan que, tras la entrada en vigor de la LOPJ, no queda neutralizada «(...) la virtualidad de dicho fundamento jurisdiccional para conocer de actos terroristas ejecutados antes de esa fecha⁵⁴²».

Y, por otro lado, la Sala anuncia que al tener España capacidad para enjuiciar el genocidio en el extranjero puede conocer de los delitos de tortura que se encuentran integrados en él⁵⁴³. Algunos autores, como FERRER LLORET, señalan la imposibilidad de que la Audiencia Nacional asumiera en su día la competencia sobre delitos de tortura en la medida en que la remisión a la legislación internacional -por medio del viejo artículo 23.4- no es un fundamento suficiente para ello. Para comprender mejor esta posición, es importante saber que la Convención contra la Tortura de 1984, cuya entrada en vigor en España se produce el 20 de noviembre de 1987, prescribe la posibilidad de que un Estado actúe cuando las víctimas de esta clase de delitos sean nacionales del mismo (artículo 5.1 c). Sin embargo, España al no haber concretado mejor el principio de personalidad pasiva para los delitos de tortura, imposibilita -en opinión de este autor- a los órganos judiciales a asumir su competencia para juzgar tales actos delictivos. A su modo de ver, es necesario «(...) concretar en la legislación española el alcance de la jurisdicción que los tribunales españoles deben asumir de conformidad con la Convención de 1984, y aclarar el ámbito de aplicación de la citada disposición 5-1-c)⁵⁴⁴».

Del mismo modo opina SÁNCHEZ LEGIDO cuando afirma que el artículo 23.4 de la LOPJ no reconoce el principio de persecución universal sobre el delito de torturas⁵⁴⁵. De conformidad con la Convención contra la Tortura, únicamente cabría hacer mención expresa a dicho principio si el culpable se hallara dentro de las fronteras del Estado que pretende enjuiciarlo, cuestión que en el caso *Pinochet* estaba fuera de lugar a todas luces. Teniendo en cuenta semejantes premisas, hubiera sido posible enjuiciar a Billy

⁵⁴² Cfr. REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet: los límites de...*, ob. cit., págs. 83 y ss. Esta argumentación resulta igualmente aplicable al caso argentino.

⁵⁴³ Fundamento de Derecho Séptimo del Auto de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 1998. A este respecto, REMIRO BROTONS considera factible la persecución del delito de torturas siempre que se encuentre integrado dentro de otro más grave, como puede ser el delito de genocidio. *Ibid.* Pág. 89.

⁵⁴⁴ Cfr. FERRER LLORET, J., *El principio de jurisdicción universal: su aplicación en España, Cursos de Derechos Humanos en Donostia-San Sebastián*, ob. cit., pág. 127.

⁵⁴⁵ Vid. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, ob. cit., pág. 99. El autor determina la imposibilidad de reconocer el principio de jurisdicción universal para el caso de torturas en la medida en que entiende que la jurisdicción que prevé el referido Convenio responde al principio de territorialidad y al de personalidad activa, siendo facultativa en los casos relacionados con el principio de personalidad pasiva. Vid. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, ob. cit., pág. 105.

Joya -acusado de cometer torturas y de intentar asesinar a seis universitarios-, ya que se hallaba en nuestro territorio. De hecho, durante la tramitación de este asunto se reclamó, por parte de los denunciantes, la aplicación del artículo 6 del Convenio contra la Tortura, el cual prevé la actuación del Estado parte cuando el sospechoso se encuentre dentro de sus fronteras con la idea de adoptar las medidas pertinentes para bien iniciar un procedimiento o bien conceder su extradición. Sin embargo, la Audiencia Nacional rechazó, en su Auto de 8 de septiembre de 1998, la denuncia planteada contra el acusado hondureño al entender que la jurisdicción universal sobre el delito de torturas tenía lugar con la entrada en vigor de la LOPJ en 1985 y con el Convenio contra la Tortura en 1987. Consecuentemente, Billy Joya no fue juzgado, puesto que los hechos delictivos habían ocurrido con anterioridad a la entrada en vigor de las referidas normas⁵⁴⁶.

En cualquier caso, volviendo al asunto *Pinochet* y a la difícil calificación de los hechos delictivos como delitos de tortura, consideramos conveniente analizar el artículo 5.1 c) con el objeto de determinar si otorga o no suficiente legitimación a los tribunales españoles para actuar -en vista de que la LOPJ no dice nada al respecto (salvo la remisión genérica a lo previsto en los tratados)-. Algunos autores, como REMIRO BROTONS, consideran que no interpretar el carácter *self executing* (es decir, que tenga fuerza normativa apta o suficiente) de la norma citada supondría restar a la misma el sentido que le ha sido atribuido y, además, implicaría desconocer el párrafo tercero del mismo artículo, el cual establece que la Convención no pretende excluir la jurisdicción penal que pueda ser ejercida por los Estados de conformidad con sus leyes nacionales⁵⁴⁷. Como ya se sabe, todas estas cuestiones no fueron baladí, ya que las autoridades británicas fijaron el tipo penal de tortura y la conspiración para torturar como el objeto material del proceso de extradición de Pinochet. De todos modos, independientemente de que los hechos delictivos reciban la calificación de actos de tortura conforme a la opinión de los jueces británicos, únicamente corresponde al derecho español determinar la validez de nuestra jurisdicción conforme al contenido de la Convención contra la Tortura. En definitiva, al margen de que sea cuestionable la

⁵⁴⁶ El Fundamento de Derecho Segundo del Auto de la Audiencia Nacional de 8 de septiembre de 1998 rechaza la competencia española para enjuiciar a Billy Joya. No deja de llamar la atención el hecho de que si se hubiera ventilado el proceso unas semanas más tarde, especialmente tras los Autos de 4 y 5 de noviembre de 1998, es muy posible que el resultado hubiera sido completamente distinto. Documento disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/joya/juri.html>

⁵⁴⁷ Vid. REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet: los límites de...*, ob. cit., pág. 88.

calificación de los hechos acontecidos en Chile como actos de tortura de acuerdo con la legislación española, las autoridades judiciales británicas jamás hubieran podido manifestarse sobre este extremo⁵⁴⁸.

Como se ha podido comprobar, España, a través de los dos Autos de noviembre de 1998, asumió la competencia para conocer y juzgar los graves hechos argentinos y chilenos bajo un mismo prisma -lo que se traduce en una argumentación idéntica por parte de la Audiencia Nacional-, confiando en la aplicación del principio de persecución universal, por aquel entonces previsto en el derogado artículo 23.4 de la LOPJ⁵⁴⁹. Así pues, no hay duda que ambos casos -el argentino y el chileno- impulsaron la defensa de los derechos humanos en nuestro país y en el extranjero. Es cierto que algunos autores, mostrándose algo escépticos, argumentan que dichos juicios no favorecieron la creación de un verdadero clima de optimismo ni de positividad en el seno de la comunidad internacional; éstos consideran que si bien España se había caracterizado por aplicar o tratar de aplicar el principio de universalidad, otros Estados, desligándose del caso español, prefirieron hacer uso del principio de personalidad pasiva «ante la insuficiencia que presenta aquel título competencial en sus respectivas legislaciones⁵⁵⁰». Al margen de esta opinión, no hay duda de que, si bien antes del juicio contra Pinochet, Chile se abstuvo de juzgar los delitos cometidos durante su propia dictadura militar, es cierto que tras las decisiones de las autoridades judiciales británicas y la actuación de los tribunales españoles, se abrió un espacio judicial en dicho país en el que la defensa de los derechos humanos tenía perfecta cabida o, al menos, empezaba a tenerla⁵⁵¹. De hecho, la opinión mayoritaria se decanta por entender que el asunto *Pinochet* no sólo convulsionó la opinión pública, sino que se erigió como un claro precedente a favor de la aplicación del principio de jurisdicción universal ante la comisión de delitos

⁵⁴⁸ Vid. REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet: los límites de...*, ob. cit., pág. 90.

⁵⁴⁹ Vid. RATNER, S., Y ABRAMS, J., ob. cit., pág. 181. «Spain and other states have relied on principles of universal jurisdiction to bring charges against former officials of the Chilean [and] Argentine (...) military regimes of the 1970s and 1980s».

⁵⁵⁰ Cfr. FERRER LLORET, J., *El principio de jurisdicción universal: su aplicación en España, Cursos de Derechos Humanos en Donostia-San Sebastián*, ob. cit., págs. 140 y 141.

⁵⁵¹ Vid. LUTZ, E., Y SIKKINK, K., "The Justice Cascade: The evolutions and Impact of Foreign Human Rights Trial in Latin America", CJIL, Vol. II, nº 1, 2001, pág. 5. En este orden de ideas, los citados autores formulan la acertada pregunta -aunque, desafortunadamente, no proporcionan respuesta alguna- acerca de los motivos por los cuales los tribunales británicos se mostraron finalmente conformes en conceder la extradición a Augusto Pinochet pero incapaces de juzgar al argentino Alfredo Astiz unos años antes tras haber sido apresado por el Reino Unido durante la guerra de las Malvinas. Vid. LUTZ, E., Y SIKKINK, K., ob. cit., págs. 5 y ss.

graves⁵⁵².

Por lo tanto, aunque el asunto *Pinochet* no se tradujo en la extradición del general a España⁵⁵³, sí supuso que un ex jefe de estado fuera por primera vez vetado a hacer lo que se le antojara fuera de su país de origen, ya que la comunidad internacional podía poner en peligro su *status* de inmunidad⁵⁵⁴. En definitiva, la reacción de la comunidad internacional -especialmente en lo que se refiere a la orden de detención cursada por España y a la concesión de extradición por las autoridades británicas- ha sido capaz, según cree GARCÉS, de dotar a los Estados de los instrumentos jurídicos necesarios «(...) para sancionar a los máximos responsables de crímenes de esta naturaleza, incluidos los Jefes de Gobierno y de Estado⁵⁵⁵».

Así las cosas, no nos extraña que este asunto tuviera especial trascendencia y repercusión. En palabras de FERNÁNDEZ LIESA, el asunto *Pinochet* trajo consigo «(...) una luz en la barricada, un atisbo importante de esperanza de que la humanidad tiene elementos que invitan al optimismo debido al desarrollo de algunas de sus instituciones así como la conciencia general, expresada en la opinión pública mundial -factor cada vez más relevante-, de que el ordenamiento debe desarrollarse en un sentido solidario⁵⁵⁶». No obstante, hubo planteamientos plagados de tintes negativos esgrimidos

⁵⁵² Vid. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, ob. cit., pág. 217.

⁵⁵³ La no extradición del general chileno a España provocó cierta sensación de desazón y, además, llevó a algunos autores a plantearse si las razones que llevaron al Reino Unido a denegarla dependió de factores de carácter político más que jurídico. En este sentido, MARTÍNEZ se pregunta: «¿Cuáles con las razones por las que ha sido posible la no extradición de Pinochet a España? y si ¿tal decisión ha sido política o jurídica?». En su opinión, «el triunfo, en este caso, de lo político sobre lo jurídico, o lo que es lo mismo del poder ejecutivo (la decisión de un ministro del gobierno) frente al judicial (la decisión de un juez), sería inevitable e inobjetable». Cfr. MARTÍNEZ, L. M., "Inmunidad e impunidad: el caso Pinochet desde la perspectiva de la competencia jurisdiccional española", en: DELGADO, I. (coordinador), *Impunidad y derecho a la memoria: de Pinochet a Timor*, Ed. Sequitur, Madrid, 2000, pág. 139.

⁵⁵⁴ De hecho, la complicada y tensa situación generada por las autoridades judiciales españolas provocó el inicio de las pertinentes acciones legales en el país de la nacionalidad del ex dictador. Así, BERMÚDEZ y GASPARINI argumentan que: «El milagro político [relativo a que Augusto Pinochet fuera juzgado en su país] debía surgir de una hipotética mayoría parlamentaria (...) inexistente [en aquel momento] para tal cometido, que abrogara la ley de amnistía, reformara la Constitución para que se pueda desaforar a un senador vitalicio, autorizando a los tribunales a sentar al ex dictador en el banquillo de los acusados, lo que había sido expresamente prohibido por la Corte Suprema de Justicia (...)». Cfr. BERMÚDEZ, N., Y GASPARINI, J., "Agua mineral sin gas", *El testigo secreto*, Ed. Javier Vergara, 2ª Edición, Buenos Aires, 1999, pág. 204.

⁵⁵⁵ Cfr. GARCÉS, J.; discurso de recepción al recibir el premio de la fundación sueca *Right Livelihood Foundation*, en Estocolmo, el 9 de diciembre de 1999.

⁵⁵⁶ Cfr. FERNÁNDEZ LIESA, C., "Globalización, humanidad y orden internacional", RO, nº 221, 1999, pág. 64. Ello ya lo pudo "vaticinar" de algún modo Salvador Allende cuando, en su última emisión radiofónica emitida por Radio Magallanes, el 11 de septiembre de 1973, afirmó lo siguiente: «Tengo fe en Chile y su destino. Superarán otros hombres este momento gris y amargo, donde la traición pretende imponerse. Sigan ustedes sabiendo que, mucho más temprano que tarde, de nuevo abrirán las grandes alamedas por donde pase el hombre libre, para construir una sociedad mejor». Información disponible en:

por aquellos que lo interpretaron como una amenaza, al entender que a raíz de este asunto cualquiera podía ser extraditado independientemente de lo que estableciera el Estado de su nacionalidad. En este sentido KISSINGER afirma que: «Si el caso Pinochet se convierte en un precedente, los magistrados de cualquier lugar estarán en condiciones de presentar una solicitud de extradición sin previo aviso a los acusado e independientemente de las políticas que en el país del acusado pudieran existir para hacer frente a los cargos. El país en el que se solicita la extradición se enfrenta a una decisión legal técnica que, de hecho, constituye el ejercicio de la discrecionalidad política (...)»⁵⁵⁷. Asimismo, el citado autor puso el grito en el cielo al comprobar que la actuación judicial de carácter extraterritorial de un Estado impedía a Chile reconciliarse con su propio pasado⁵⁵⁸. Ante estas consideraciones, ROTH da respuesta a las numerosas equivocaciones en las que, según su criterio, el otro autor incurre⁵⁵⁹. En este sentido, afirma que la preocupación de KISSINGER en relación con el hecho de que la extradición sea concedida a favor de cualquier Estado no debe existir, ya que su concesión depende en gran medida de que el Estado dispuesto a juzgar cumpla con ciertas garantías básicas y asegure el desarrollo de un juicio justo. ROTH argumenta que el asunto *Pinochet* lejos de suponer una injerencia en la justicia chilena, implicó la desaparición de la autoimpuesta inmunidad del presunto responsable respecto de los graves hechos ocurridos en Chile, así como la consiguiente apertura de otras vías democráticas para proceder a su persecución judicial, motivando además la apertura de procesos penales en el país de

<http://www.ciudadseva.com/textos/otros/ultimodi.htm>

No hay duda acerca de la trascendencia del asunto *Pinochet*, el cual puso de relieve, fundamentalmente, la voluntad de los jueces nacionales de luchar de una vez por todas por el respeto y el cumplimiento de los derechos humanos. DAVIS interpretó el amplio acogimiento que tuvo la concesión por parte de los llores británicos de la extradición de Pinochet a favor de España de la siguiente manera: «as indicative of a growing willingness among national judiciaries to enforce human rights standards through applying universal jurisdiction». Cfr. DAVIS, M., *ob. cit.*, pág. 254. GOLOB consideró que la autorización de la extradición de Pinochet implicó la apertura de un nuevo camino en el que los grupos constituidos en defensa de los derechos humanos se decantaron a partir de entonces por la interposición de demandas con el claro objetivo de obtener justicia para las víctimas y sus familiares. Vid. GOLOB, S. R., "Forced to be free: Globalized Justice, Pacted Democracy, and the Pinochet Case", *Democratization*, Vol. 9, nº 2, 2002, pág. 23.

⁵⁵⁷ Cfr. KISSINGER, H. A., "The Pitfalls of Universal Jurisdiction", JFA, Vol. 80, nº 4 (julio/agosto), 2001, pág. 91. Documento disponible en: <http://web.pdx.edu/~kinsella/ps448/kissinger.pdf>

«If the Pinochet case becomes a precedent, magistrates anywhere will be in a position to put forward an extradition request without warning to the accused and regardless of the policies the accused's country might have in place for dealing with the charges. The country from which extradition is requested then faces a seemingly technical legal decision that, in fact, amounts to the exercise of political discretion (...)».

⁵⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁵⁹ Vid. ROTH, K., "The Case for Universal Jurisdiction", JFA, Vol. 80, nº 5 (septiembre/octubre), 2001, págs. 150 y ss. Documento disponible en: <http://www.foreignaffairs.com/articles/57245/kenneth-roth/the-case-for-universal-jurisdiction>

la nacionalidad del ex dictador⁵⁶⁰.

Sea como fuere, lo que está claro es que el asunto *Pinochet* no dejó indiferente a nadie. A nuestro modo de ver, promovió no sólo la aplicación del principio de universalidad, sino también la defensa de los derechos humanos, con el contundente mensaje a la comunidad internacional de que la perpetración de hechos graves puede suponer la apertura de un proceso judicial, independientemente de cuál sea el grado de responsabilidad y el rango que ocupa u ocupó el presunto responsable. Todo ello no puede dejar de interpretarse como un gran logro de la justicia.

2. 2. Vaivenes jurisprudenciales del principio de jurisdicción universal

Tras los emblemáticos casos de Argentina y Chile en los que la Audiencia Nacional asumió su competencia para enjuiciar hechos ocurridos en el extranjero, el Tribunal Supremo, el 25 de febrero de 2003, afirmó la imposibilidad de ejercer su jurisdicción respecto de los delitos de genocidio, torturas y terrorismo cometidos en Guatemala.

A lo largo de estos años, se ha afirmado -en este ámbito- la competencia española en algunos casos y, por el contrario, ha sido rechazada en muchos otros. Ello ha puesto de relieve la escasa uniformidad existente en torno a la aplicación del principio de universalidad en España. Gran parte de este problema se ha debido, entre otras circunstancias, a la falta de operatividad de la CPI hasta comienzos del siglo XXI en la medida en que los asuntos surgidos se analizaban fundamentalmente bajo la perspectiva del derecho interno, asumiendo los órganos judiciales domésticos la polémica función de perseguir delitos de especial envergadura. Por lo tanto, la pluralidad de órganos existentes junto con la falta de homogeneidad en esta materia, provocó que el principio de universalidad sustentado sobre la base del viejo artículo 23.4 de la LOPJ sufriera constantes altibajos.

Una muestra de las continuas vicisitudes del artículo 23.4 es el asunto *Guatemala*. Sobre este caso, la Audiencia Nacional determinó -mediante Auto dictado el 13 de diciembre de 2000- la inadmisión de la querella interpuesta sobre los graves sucesos ocurridos en aquél país entre los años 1978 y 1986 como consecuencia de la falta de prueba de la inactividad de las autoridades judiciales guatemaltecas. Más

⁵⁶⁰ Vid. ROTH, K., *ob. cit.*, pág. 153.

adelante, el Tribunal Supremo -en su Sentencia de 25 de febrero de 2003- negó la aplicación del principio de universalidad al caso en cuestión, ya que exigió que las víctimas fueran de nacionalidad española, deduciéndose del derogado artículo 23.4 de la LOPJ un principio de personalidad pasiva que no aparecía por ninguna parte. Afortunadamente, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre todas estas cuestiones, el 26 de septiembre de 2005, dando un nuevo impulso al citado principio. Éste entendió que tanto el citado Auto de la Audiencia Nacional, como la referida Sentencia del Tribunal Supremo vulneraban el artículo 24 de la Constitución española. Desde su punto de vista, la persecución transfronteriza de delitos de extrema gravedad constituye la esencia primordial del principio de justicia universal por lo que es necesario que se despoje de determinados condicionamientos (como pueden ser, por ejemplo, la nacionalidad de las víctimas y/o el lugar en el que acontecen los abominables delitos) para proteger debidamente los derechos y valores que afectan a la comunidad internacional. Ello es, pues, una muestra clara de los múltiples vaivenes que sufrió, en España, el principio de justicia universal fundamentado sobre la base del viejo artículo 23.4 de la LOPJ.

i. El asunto *Guatemala*

El asunto *Guatemala* surgió ante la denuncia presentada, entre otros, por la premio Nobel de la Paz, Rigoberta Menchú Tum, ante el juzgado de guardia número 1 de la Audiencia Nacional, en la que se narraba la perpetración, en Guatemala, de diversos hechos que los denunciantes calificaron como posibles delitos de genocidio, torturas, terrorismo, asesinato y detención ilegal entre los años 1978 y 1986⁵⁶¹. La imputación se dirigió a los generales Efraín Ríos Montt y Óscar Humberto Mejía Victores (que ocuparon sucesivamente la jefatura del gobierno guatemalteco), al ex presidente Fernando Romero Lucas García y a otros cinco acusados más que ostentaron cargos relevantes durante el régimen golpista. En dicha denuncia se formularon consideraciones graves en torno a la presunta pasividad -cuando no complicidad- de la justicia guatemalteca. Entre los hechos relatados en la denuncia se incluía el asalto de la embajada de España en Guatemala, en 1980 -en el que fallecieron treinta y nueve personas-, así como la muerte de varios sacerdotes, algunos de ellos españoles.

a. Auto de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000

En un primer momento, el Auto de la Audiencia Nacional -dictado por el juez Guillermo Ruiz Polanco-, de 27 de marzo de 2000, proclamó la competencia del juzgado central de instrucción número 1 sobre los graves hechos ocurridos en Guatemala en vista de que «(...) ostentan la *luminosa* [la cursiva es nuestra] apariencia de genocidas (...)»⁵⁶². Aceptó la competencia en base al siguiente argumento: «(...) se ha invocado -y como tal debe aceptarse- el principio de persecución universal, que el Derecho Español acoge con asiento en lo que los internacionalistas denominan "permisividad compensadora de las normas de Derecho Internacional común", de modo que tal principio no sólo autoriza, sino que impulsa a los Estados al sostenimiento de su jurisdicción sobre ciertos delitos internacionales, con independencia del lugar de comisión y de la nacionalidad del culpable o de la víctima»⁵⁶³.

⁵⁶¹ Según el Auto de instrucción número 1, de 27 de marzo de 2000, los hechos objeto de la denuncia se «circunscriben cronológicamente al tiempo de "guerra que azotó durante treinta y seis años a Guatemala" y más concretamente, al período investigado por la "Comisión para el Esclarecimiento Histórico", creada en el ámbito de los Acuerdos de Paz de Oslo en 1994, período que comprende los años 1962 a 1996». Documento disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/guatemala/doc/autojuz1.html>

⁵⁶² Fundamento de Derecho Primero del Auto de la Audiencia Nacional de 27 de marzo de 2000.

⁵⁶³ Fundamento de Derecho Tercero del Auto de la Audiencia Nacional de 27 de marzo de 2000.

Sin embargo, el Auto de la Audiencia Nacional, de 13 de diciembre de 2000⁵⁶⁴, revocó el de 27 de marzo anterior, así como el de 27 de abril, desestimatorio del recurso de reforma. El pleno de la Sala proclamó en virtud del mencionado Auto que no procedía el ejercicio en ese momento de la jurisdicción penal española para la persecución de los graves hechos acaecidos en Guatemala. La Sala indicó que la conclusión errónea a la que llegó el juez instructor se produjo al considerar que la falta de actividad de la jurisdicción guatemalteca se traducía en una válida legitimación de la jurisdicción penal española⁵⁶⁵. Además, la Sala concluyó que el artículo VI del Convenio sobre genocidio «impone la subsidiariedad de la actuación de jurisdicciones distintas a las que el precepto contempla, de forma que la jurisdicción de un Estado debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos, constitutivos de genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en que ocurrieron o por un tribunal penal internacional». Sobre estas cuestiones existe cierta polémica, puesto que no faltan opiniones basadas en negar la relación de subsidiariedad derivada del referido artículo VI⁵⁶⁶.

Así pues, el Auto de 13 de diciembre de 2000 determinó que los órganos judiciales españoles no podían juzgar los ilícitos perpetrados en Guatemala. La Audiencia Nacional consideró que la jurisdicción universal era subsidiaria a la jurisdicción territorial y puntualizó que en aquel momento no existían obstáculos legales en aquél país que impidieran a sus propias autoridades castigar los hechos delictivos acontecidos en su territorio. Con respecto a la primera afirmación, debemos advertir que que ello ya había sido puesto de relieve en otras ocasiones, pero esta vez la Audiencia Nacional va más allá al manifestar que el criterio de subsidiariedad forma parte del *ius cogens*⁵⁶⁷. Así, INAZUMI entiende que: «el tribunal español interpretó que la naturaleza subsidiaria es imperativa no sólo dentro del ejercicio de la jurisdicción universal en

⁵⁶⁴ *Vid. Supra*. Nota 244.

⁵⁶⁵ Fundamento de Derecho Segundo del Auto de la Audiencia Nacional 13 de diciembre de 2000.

⁵⁶⁶ *Vid.* SANTOS VARA, J., "La jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala", REEI, nº 11, 2006, pág. 3. Documento disponible en: [http://www.reei.org/reei%2011/J.SantosVara\(reei11\).pdf](http://www.reei.org/reei%2011/J.SantosVara(reei11).pdf)

⁵⁶⁷ El Fundamento de Derecho Segundo del Auto de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000 dispone que: «(...) se debe cohonestar el principio de persecución universal del delito de genocidio, que nos impone el art. 23.4 a) de la LOPJ, con los criterios de atribución jurisdiccional del art. 6 del Convenio, que también es un mandato que tenemos por cuanto forma parte de nuestra legislación interna (art. 96 de la Constitución Española y art. 1.5 del C. Civil), y así mismo, el principio general de subsidiariedad, que entendemos forma parte del "ius cogens" internacional (...)».

España, sino que también lo es en cualquier otro Estado⁵⁶⁸».

Tras la afirmación relativa al carácter subsidiario de la jurisdicción universal, la Audiencia Nacional pasa a examinar la verdadera situación de Guatemala con el objeto de esclarecer si el ejercicio de la jurisdicción española resulta viable. Según la perspectiva del Pleno de la Sala, el Estado español debe abstenerse de conocer el caso porque, a diferencia de lo que ocurría en Chile y en Argentina, en Guatemala no se han aprobado leyes que impidan a las correspondientes autoridades juzgar los delitos ocurridos en su propio territorio. Desde su punto de vista, la Ley de Reconciliación Nacional, de 18 de diciembre de 1996, no sólo no se articula a modo de blindaje de los imputados, sino que tampoco excluye la responsabilidad penal de los presuntos responsables en la comisión de hechos graves. Asimismo, la Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala recomendó la persecución de los crímenes acontecidos en su territorio. Todo ello conduce al Pleno a considerar que en dicho país la voluntad de castigar delitos graves es más que evidente.

Algunos autores sostienen que resulta un tanto dudoso distinguir entre la situación de Argentina y Chile y la de Guatemala, puesto que a pesar de que en este último país parecía que había una voluntad de castigar ciertos crímenes, la realidad mostró que nada relevante se había hecho al respecto⁵⁶⁹. Nosotros sostenemos que -a diferencia del caso chileno y argentino- Guatemala sí mostraba una actitud más proclive a que los sangrientos hechos ocurridos en su país fueran algún día perseguidos, pero es cierto que *de facto* nada especialmente relevante había tenido lugar para su persecución, por lo que el resultado era el mismo que en aquellos otros países donde la reticencia y el

⁵⁶⁸ Cfr. INAZUMI, M., *ob. cit.*, pág. 89. «The Spanish court construed that the supplemental nature is imperative not only within the exercise of universal jurisdiction in Spain, but in any other State as well». El autor considera que este caso simboliza la clara preferencia de la jurisdicción territorial sobre cualquier otra en su objetivo de perseguir y sancionar delitos graves. *Vid.* INAZUMI, M., *ob. cit.*, pág. 89. SÁNCHEZ LEGIDO opina que la Audiencia Nacional afirma en este caso que la subsidiariedad de la jurisdicción universal establecida en el artículo 23.4 de la LOPJ «(...) no es sólo el resultado del (...) [artículo VI] de la Convención sobre Genocidio, sino una regla operativa con carácter general -¡je imperativo!- en virtud del Derecho Nacional». Cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 324. Esta idea, según su autor, fue recogida, aunque no en todos sus extremos, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003.

⁵⁶⁹ Algunos autores exponen que aunque Guatemala no elaboró nunca leyes de amnistía en favor de los presuntos responsables como sí hizo Chile, ni elaboró normas que pudieran limitar de algún modo la persecución de hechos delictivos graves como llevó a cabo Argentina, es cierto que algunos de los casos presentados antes las autoridades guatemaltecas estaban plagados de amenazas de muerte, intimidación, interferencia policial etc., que impedían una debida y válida aplicación del Derecho. *Vid.* LUTZ, E., Y SIKKINK, K., *ob. cit.*, pág. 26. Asimismo: *Vid.* SANTOS VARA, J., *La jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala*, REEI, *ob. cit.*, pág. 5.

recelo en torno a la investigación de graves hechos era casi absoluto.

No obstante lo anterior, la Audiencia Nacional acude a las recomendaciones que en su momento llevó a cabo la Comisión para el Esclarecimiento Histórico con el objeto de justificar la existencia de cierto interés nacional encaminado a sostener que los dramáticos hechos guatemaltecos serían algún día juzgados por sus propios tribunales⁵⁷⁰. En definitiva, la Sala considera que los jueces de Guatemala tienen la posibilidad de actuar, ya que no se encuentran sometidos a ningún tipo de presión que les impida desempeñar sus funciones judiciales con la serenidad e imparcialidad que son necesarias para juzgar⁵⁷¹. Consecuentemente, al no haber constancia del rechazo de la competencia de los órganos judiciales guatemaltecos y, además, al considerar escaso el tiempo transcurrido desde la finalización de las conductas delictivas hasta el día en el que se interpuso la denuncia en España, la Audiencia Nacional decide rechazar en este caso la competencia de los jueces españoles.

El órgano judicial español subordina, pues, la competencia de los tribunales españoles a la posible actuación futura de los tribunales del lugar en el que se cometieron los actos delictivos. De este modo, el principio de jurisdicción universal no opera en términos absolutos, sino que se encuentra limitado a la concurrencia de determinados factores que condicionan su válida aplicación, a saber: la efectiva inactividad de los tribunales internos del país en el que acontecen los graves hechos. Cabe argumentar, por lo tanto, que la inactividad de los tribunales originalmente competentes se erige, en opinión de la Audiencia Nacional, como un presupuesto de hecho necesario para una válida invocación de la jurisdicción universal.

Consideramos legítimo el argumento en virtud del cual la jurisdicción española se supedita a la actuación de los tribunales del lugar en el que los ilícitos son cometidos. No hay duda de que la jurisdicción territorial prevalece sobre cualquier otra. Sin embargo, creemos que el análisis que lleva a cabo la Audiencia Nacional es un tanto vago y/o superficial, puesto que -como ya se ha dicho- en realidad no había ninguna intención en Guatemala de juzgar los hechos denunciados. Además, bajo nuestro punto de vista, las consideraciones que ésta plasma son muy enrevesadas, ya que por el mero

⁵⁷⁰ Una de estas recomendaciones se formula en los siguientes términos: «que el Estado cumpla y haga cumplir la Promulgada Ley de Reconciliación Nacional a efecto de perseguir y enjuiciar delitos como genocidio, tortura y desaparición forzada, cuya responsabilidad penal no se extingue en virtud de esa ley».

⁵⁷¹ Fundamento de Derecho Tercero del Auto de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000.

hecho de que los órganos judiciales locales se encuentren capacitados para conocer del asunto en cuestión cabe denegar la competencia a los tribunales españoles, afirmando, entre otras cosas, que los querellantes debían haber acompañado a sus escritos una resolución judicial en la que se rechazara la competencia judicial guatemalteca⁵⁷². En otras palabras, hubiera sido pertinente para defender la existencia de la competencia española adjuntar una resolución guatemalteca que vetara la investigación o poco menos.

Indudablemente, lo anterior implica una interpretación restringida del principio de justicia universal. Como se ha podido observar, del Auto de 13 de diciembre de 2000 se extrae la idea relativa a que éste no podrá aplicarse si resulta *previsible* la persecución de delitos graves por parte de los tribunales del territorio en el que se cometieron. Esta condición no sólo genera una gran incertidumbre -puesto que no siempre es posible valorar con exactitud el alcance y la predisposición de actuación de unos tribunales-, sino que además supone cierta injerencia, ya que terceros órganos judiciales deben decidir si los territorialmente competentes se encuentran debidamente "capacitados" para desarrollar un proceso judicial justo. A nuestro modo de ver, la potencial capacidad jurisdiccional de las autoridades locales no debe erigirse como un obstáculo en la aplicación del principio de justicia universal. En definitiva, la interpretación que lleva a cabo la Audiencia Nacional relativa a la *potencial* posibilidad de que los órganos judiciales del territorio actúen y que, por ende, limiten e impidan el ejercicio de otras jurisdicciones, condiciona y no poco la aplicación de este principio.

Todo ello nos lleva irremisiblemente a la idea de que el principio de justicia universal puede verse desnaturalizado con demasiada facilidad. Además, no hay que olvidar que los denunciantes de los crímenes de genocidio quedan sometidos a una carga de prueba excesiva, puesto que les corresponde -según indica la Audiencia Nacional- demostrar, mediante hechos negativos, la falta de actuación y/o respuesta de los tribunales territorialmente competentes. Se atribuye, pues, a los acusadores la ardua e incommensurable tarea de tener que demostrar la deliberada o imposible actuación de los órganos judiciales de un país, lo que al final se traduce en un fuerte obstáculo para aquellos que persiguen el enjuiciamiento de crímenes graves.

⁵⁷² Fundamento de Derecho Cuarto del Auto de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000.

b. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003

Como ya se adelantó, sobre el asunto *Guatemala* se dictó, el 25 de febrero de 2003, una Sentencia por parte del Tribunal Supremo en la que se moduló una vez más el alcance del principio de jurisdicción universal en España⁵⁷³. Los denunciantes decidieron recurrir el Auto de la Audiencia Nacional, de 13 de diciembre de 2000, en la medida en que creían que el derecho a la tutela judicial efectiva había sido vulnerado y, además, consideraron que el razonamiento esgrimido por aquélla sobre la no acreditación de la inactividad de los órganos judiciales guatemaltecos generaba una grave situación de indefensión⁵⁷⁴.

En un primer momento, el Tribunal Supremo estima que la determinación subsidiaria que hace la Audiencia Nacional en torno a la atribución de la competencia a los tribunales españoles con base en la inactividad de los órganos judiciales del lugar en el que sucedieron los hechos delictivos, implica la emisión de un juicio sobre la capacidad de administrar justicia que, en su opinión, constituye una extralimitación de las funciones que el poder judicial tiene encomendadas en nuestro país⁵⁷⁵.

Consecuentemente, el Alto Tribunal afirma que no es posible interpretar el

⁵⁷³ *Vid. Supra*. Nota 246.

⁵⁷⁴ El Tribunal Supremo determina que el Auto impugnado puede no ser compartido por los denunciantes pero ello no implica que no haya sido válidamente motivado (Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003). Asimismo, el planteamiento de la indefensión de los recurrentes se rechaza: «(...) pues ello podría conducir al absurdo de obligar al órgano encargado constitucionalmente de la función de juzgar, que solo está sometido al imperio de la Ley, a sostener la pertinencia de argumentaciones o interpretaciones que considera incorrectas, lo que produciría un desplazamiento no constitucional hacia las partes del contenido esencial de la función de juzgar» (Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003). Respecto a la inactividad de Guatemala, el Tribunal Supremo argumenta que no se aprecian verdaderos motivos que determinen la existencia de impedimentos u obstáculos legislativos que impidan la persecución de los hechos denunciados en Guatemala. Al contrario de lo que estiman los denunciantes, el Tribunal Supremo entiende que «(...) la Ley de Reconciliación Nacional de 1996, aprobada en Guatemala después de los acuerdos de paz, excluye expresamente de la amnistía los delitos de genocidio» (Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003). Sobre cuestiones de menor envergadura, el Tribunal Supremo debe decidir si, como aduce la parte recurrente, existe un error en la apreciación de las pruebas aportadas que dan testimonio de la falta de actividad de la justicia guatemalteca. En este sentido, el Alto Tribunal considera que gran parte de los documentos entregados forman parte del propio proceso y, en cuanto al resto, aunque constituyen expedientes muy documentados no dejan de plasmar opiniones cuyo «contenido viene referido a un momento histórico anterior, mientras que las afirmaciones contenidas en el Auto recurrido se refieren a la situación de la justicia de Guatemala en la actualidad, con lo que no se evidenciaría error alguno al tratarse de situaciones diferentes» (Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003).

⁵⁷⁵ El Tribunal Supremo afirma que la determinación de la actividad o inactividad de la administración de la justicia en Guatemala no corresponde a los jueces y magistrados españoles, sino al gobierno de España de conformidad con el artículo 97 de la Constitución española (Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003).

principio de subsidiariedad como lo hizo en su momento la Audiencia Nacional. Pronunciarse acerca de la capacidad guatemalteca de administrar justicia resulta un tanto excesivo y controvertido⁵⁷⁶. Así pues, una vez que el Tribunal Supremo determina la imposibilidad de juzgar la actuación de los tribunales de terceros Estados, se centra en dilucidar si es posible deducir un principio de subsidiariedad del artículo VI del Convenio sobre genocidio. En este orden, el Tribunal Supremo decide no quedar condicionado por el argumento de las partes⁵⁷⁷, ni supeditado por el criterio seguido por la Audiencia, lo que le lleva a manifestar que el mencionado Convenio no establece la jurisdicción universal pero tampoco la excluye⁵⁷⁸; en su opinión, colegir el principio de universalidad a la luz del referido artículo VI sería contrario a su espíritu en la medida en que éste únicamente dispone que será competente para el enjuiciamiento de actos genocidas la jurisdicción del territorio en el que acontecieron los hechos o una corte penal internacional competente⁵⁷⁹.

En definitiva, el Alto Tribunal se plantea si nuestros órganos judiciales se encuentran respaldados por la normativa internacional para el ejercicio extraterritorial de sus funciones respecto del delito de genocidio. Como acaba de decirse, el tribunal mantiene que el Convenio sobre genocidio no habilita expresamente a la jurisdicción española a actuar, puesto que a su modo ver no hay mención alguna al principio de justicia universal. Nuestra opinión -ya manifestada anteriormente- gira en torno a la idea de que la mención hecha en el artículo VI del Convenio a determinadas jurisdicciones, así como el silencio que guarda respecto del establecimiento de una posible jurisdicción universal para este tipo de delitos graves, no debe erigirse como un obstáculo o impedimento para que los Estados se decanten por otros posibles mecanismos de persecución del genocidio. Así las cosas, no nos extraña que el Tribunal Constitucional pusiera de relieve en este mismo asunto, unos años después, que el artículo VI se había limitado a establecer una mera obligación de mínimos: «resulta contradictorio con la propia existencia del Convenio sobre Genocidio, y con el objeto y fin que lo inspiran, que las partes firmantes pacten la renuncia a un mecanismo de persecución del delito, máxime teniendo en cuenta que el criterio prioritario de competencia (el territorial) quedará en multitud de ocasiones mermado en sus posibilidades de ejercicio efectivo

⁵⁷⁶ Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003.

⁵⁷⁷ Los recurrentes sostienen que tal principio no es deducible del referido Convenio; éstos consideran que de aquél únicamente se puede extraer el principio de justicia universal.

⁵⁷⁸ Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003.

⁵⁷⁹ Fundamento de Derecho Séptimo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003.

por las circunstancias que puedan entrar en juego en los diferentes casos⁵⁸⁰». En cualquier caso, el Tribunal Supremo si bien considera que el principio de universalidad no se encuentra expresamente previsto en el Convenio de 1948, también es cierto que afirma que no lo excluye.

El Alto Tribunal pasa a analizar el actualmente derogado artículo 23.4 de la LOPJ y concluye que debe ser aplicado conforme al Derecho Internacional pero «no puede ser interpretado de modo que conduzca en la práctica a la apertura de diligencias penales ante la noticia de la comisión de hechos susceptibles de ser calificados como alguno de los delitos a los que se refiere, cualquiera que fuera el lugar de su comisión y la nacionalidad de su autor o víctima⁵⁸¹». A continuación, plasma una argumentación aún menos convincente que la anterior relativa a la idea de que la aplicación del principio de universalidad queda condicionado a la existencia de una serie de intereses nacionales, salvo que su aplicación surja de la propia naturaleza del delito y éste se encuentre a su vez reconocido por la normativa internacional. Consecuentemente, el Tribunal Supremo argumenta que cuando dicho principio se halla exclusivamente recogido por el Derecho interno no podrá operar por sí mismo, excepto si existe un punto de conexión directo con intereses nacionales. Para justificar su decisión acude a la práctica interna de algunos Estados y, de este modo, hace referencia al asunto *Tadic*, ya que en aquel caso la legislación interna alemana que hacía referencia a la jurisdicción universal exigía la existencia de un vínculo de conexión especial⁵⁸². Asimismo, alude al asunto *Sharon* ventilado en Bélgica; concretamente, el Tribunal Supremo se refiere a los aspectos relacionados con la subsistencia de la inmunidad de los representantes estatales en ejercicio y no -para nuestra sorpresa- al claro reconocimiento que hacen las autoridades belgas sobre la existencia de la jurisdicción universal en su legislación interna⁵⁸³.

El Tribunal Supremo no cesa en su empeño de justificar la aplicación o la extensión extraterritorial de la jurisdicción española siempre que concurra un interés

⁵⁸⁰ Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005.

⁵⁸¹ Fundamento de Derecho Octavo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003.

⁵⁸² Fundamento de Derecho Octavo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003.

⁵⁸³ *Vid.* SÁNCHEZ LEGIDO, A., "La práctica española en materia de jurisdicción universal"; artículo englobado en el proyecto de investigación titulado: *Derechos humanos, responsabilidad internacional y seguridad colectiva*, 2002. Documento disponible en: <http://www.uma.es/investigadores/grupos/incodum/Archivos/COOP/LA%20PRACTICA%20ESPANOLA%20EN%20MATERIA%20DE%20JURISDICCION%20UNIVERSAL.pdf>

especial; argumenta no sólo que la jurisdicción de los Estados no es ilimitada, sino que afirma, concretamente, que nuestro poder judicial no puede arrogarse la función de proteger y estabilizar el orden mundial. No obstante, añade que «la especial gravedad de los hechos, unida a la ausencia de normas internacionales expresas, o a la inexistencia de una organización internacional de los Estados, podría explicar la actuación individual de cualquiera de ellos orientada a la protección de los bienes jurídicos afectados». La reciente declaración, firmemente vinculada a la esencia del principio de universalidad y a su aplicación a casos de máxima gravedad, se encuentra de algún modo "edulcorada" al determinar, a continuación, que no se ha «establecido expresamente en ninguno de esos tratados que cada Estado parte pueda perseguir, sin limitación alguna y acogiendo solamente a su legislación interna, los hechos ocurridos en territorio de otro Estado, ni aún en los casos en que éste no procediera a su persecución⁵⁸⁴». Ciertamente no hay duda de que éstos tratados no recogen expresamente la jurisdicción universal⁵⁸⁵, pero conviene recordar que en la mayoría de ellos se advierte la presencia de una cláusula en virtud de la cual no queda excluida ninguna jurisdicción penal que sea ejercitada de conformidad con la legislación nacional. Así las cosas, parece que el Tribunal Supremo da una de cal y otra de arena; busca argumentos en un sentido y en otro, dando todo tipo de "bandazos" y sin llegar a ser consecuente con alguno de ellos. Finalmente, como colofón a sus contradictorios argumentos, se decanta por una concepción "extraña" y negativa del principio de universalidad, al exigir la presencia de un inexplicable punto de conexión entre el Estado español y los graves sucesos que desea enjuiciar.

Llegados a este punto, debemos analizar si existe -nos guste o no- cierto grado de conexión entre el caso en cuestión y los intereses nacionales. A estos efectos, el Tribunal Supremo se pronuncia y considera que al no hallar a los presuntos culpables en España, muy difícilmente podrá verse legitimada la jurisdicción española de

⁵⁸⁴ Fundamento de Derecho Noveno de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003. El Alto Tribunal, en aras de justificar la argumentación relativa a la necesaria conexión con intereses españoles para proceder a una válida aplicación extraterritorial de nuestra Ley penal, enumera una serie de tratados en los que no se hace mención alguna al principio de universalidad con el objeto de demostrar que la existencia de un vínculo mínimo y directo de España con el caso en cuestión es fundamental y necesario para determinar la atribución de jurisdicción en estos casos (Fundamento de Derecho Décimo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003).

⁵⁸⁵ Estos son algunos de los tratados que el Tribunal Supremo menciona: la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 9 de diciembre de 1999 y la Convención de 17 de diciembre de 1979 contra la toma de rehenes.

conformidad con lo establecido en el Convenio sobre genocidio⁵⁸⁶. Posteriormente concluye que el vínculo con España -que justifique, como ya se sabe, la aplicación extraterritorial de la Ley Penal española- no existe con el delito que pretende imputarse en la medida en que, aunque se advierte la presencia de damnificados españoles, no es posible adjudicarles el estatus de víctimas de un delito de genocidio (estos mismos razonamientos son utilizados en relación con el delito de terrorismo). En nuestra opinión, la exigencia de un nexo de unión con los intereses españoles establecido en función de la nacionalidad de las víctimas respecto del delito de genocidio, implica en la práctica una restricción extraordinaria de la jurisdicción extraterritorial española.

Sea como fuere, el Alto Tribunal sigue el curso de su razonamiento y hace una observación polémica en relación con el delito de torturas, ya que argumenta que la existencia de damnificados españoles en este ámbito legitima la aplicación del artículo 23.4 de la LOPJ, aún cuando la Convención contra la Tortura no obliga al Estado del que es nacional la víctima a actuar: «la Sala estima, por tanto, que en los casos del asesinato de los sacerdotes españoles (...), así como en el caso del asalto a la Embajada Española en Guatemala, respecto de las víctimas de nacionalidad española, una vez comprobados debidamente los extremos que requiere el artículo 5 del Convenio contra la Tortura, los Tribunales españoles tienen jurisdicción para la investigación y enjuiciamiento de los presuntos culpables⁵⁸⁷». Sobre este extremo, GIL GIL afirma la inexactitud en la que incurre el Tribunal Supremo al apoyarse en la última cláusula del artículo 23.4 de la LOPJ -relativa a lo que dispongan los tratados y convenios internacionales-, tras comprobar que no existe una obligación de actuar por parte del Estado de la nacionalidad de la víctima que ratificó, en su día, el Convenio contra la tortura⁵⁸⁸.

SÁNCHEZ LEGIDO, que se alinea junto a la posición doctrinal anterior, opina que constituye un "error de bulto" el hecho de que el Alto Tribunal se arroge la competencia de conformidad con el artículo 5.1. a) del Convenio, al percatarse que parte

⁵⁸⁶ SÁNCHEZ LEGIDO manifiesta que tras la comentada Sentencia del Tribunal Supremo «(...) la única jurisdicción auténticamente universal admitida a partir de ahora en nuestro país será la que se vincula a la presencia del sospechoso en territorio español» (nótese que estas afirmaciones son anteriores a la sentencia que dictaría el Tribunal Constitucional sobre este mismo asunto). *Cfr.* SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, *ob. cit.*, págs. 195 y 196.

⁵⁸⁷ Fundamento de Derecho Duodécimo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003.

⁵⁸⁸ *Vid.* GIL GIL, A., *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales...*, *ob. cit.*, pág. 64.

de los hechos denunciados recaen sobre víctimas de nacionalidad española⁵⁸⁹. Este error se deduce, según sus propias palabras, de que la Sentencia en cuestión «esgrime un título de jurisdicción que, contemplado en el artículo 5 del Convenio contra la tortura sólo con carácter facultativo, no se encuentra acogido en el artículo 23.4 LOPJ. La tortura no aparece expresamente mencionada entre los delitos a que se extiende expresamente la jurisdicción universal española en las letras a) a f) del citado precepto, sin que tampoco pueda entenderse incluida la referencia residual del apartado g) [posterior apartado i)] (...), ya que la institución de jurisdicción prevista en el art. 5.1 del Convenio contra la Tortura, obligatoria sí según los principios de territorialidad y personalidad activa, sólo es facultativa con base en el principio de personalidad pasiva (...)»⁵⁹⁰.

En consecuencia, el fallo del Tribunal Supremo limita la admisión de la querella exclusivamente al ámbito estricto de las torturas sufridas en Guatemala por ciudadanos españoles. De este modo, el Auto de la Audiencia Nacional, de 13 diciembre de 2000, queda parcialmente revocado. El Tribunal Supremo proclama, pues, la jurisdicción de los tribunales españoles respecto de este tipo de ilícitos cometidos en la Embajada española de Guatemala, el 30 de enero de 1980, así como respecto de los hechos cometidos en contra de otros ciudadanos españoles.

Debe ponerse de relieve que esta Sentencia contó con un Voto Particular sostenido por siete magistrados frente a los ocho que finalmente la suscribieron. Por un lado, los siete magistrados adujeron que la denuncia de los recurrentes sobre la inactividad de la justicia guatemalteca debió justificar la aplicación inmediata del principio de justicia universal. El Voto Particular esgrime que la documentación aportada al caso muestra los graves hechos sufridos por la población maya y el hecho de no haber sido juzgados por las autoridades locales debió ser motivo suficiente para estimar la pretensión de los denunciantes por parte del Alto Tribunal. Por otro lado, el citado Voto denuncia que el Tribunal Supremo adopta un criterio restrictivo al

⁵⁸⁹ Vid. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, ob. cit., págs. 104 y ss.

⁵⁹⁰ Cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, ob. cit., pág. 105. Esta misma cuestión se puso de relieve en el asunto *Pinochet*. Al hilo de estas consideraciones, REMIRO BROTONS afirma que no existía jurisdicción española sobre las torturas acaecidas en Chile, ya que en el momento en el que se incorporó el Convenio contra la Tortura, España no introdujo el principio de personalidad pasiva. Vid. REMIRO BROTONS, A., "Intervención de Antonio Remiro", en: MALAMUD, C. (coordinador), *El caso Pinochet. Un debate sobre los límites de la impunidad*, Instituto Universitario José Ortega y Gasset, Madrid, 2000, págs. 52 y 53.

argumentar que «la jurisdicción española solo es competente en delitos de Genocidio cometidos en el extranjero, cuando las víctimas del genocidio sean españolas (lo que ocurrirá raramente), o los culpables se encuentren en territorio español⁵⁹¹». Según éste, la interpretación del Tribunal Supremo en torno al viejo artículo 23.4 de la LOPJ es más limitada que la llevada a cabo por la Audiencia Nacional, ya que al menos esta última determinó que los hechos denunciados eran susceptibles de ser enjuiciados como delitos de genocidio. Ello, en opinión de los siete magistrados que firman el Voto, constituye una *reformatio in peius*, ya que se produce una modificación perjudicial operada en fase de casación que no es consecuencia de ninguna de las pretensiones deducidas y planteadas ante el órgano judicial correspondiente. En este sentido, argumentan que "la modificación peyorativa es manifiesta"⁵⁹².

Asimismo, a juicio de los signatarios del Voto Particular, el Tribunal Supremo plasma unas consideraciones un tanto sospechosas en la medida en que sugiere, sutilmente, la utilidad de establecer una pauta correctora en torno al principio de universalidad con el objeto de impedir la apertura generalizada de procedimientos por delitos graves. Para sorpresa de los siete magistrados, como para la nuestra, el Alto Tribunal decide -como ya se adelantó- incluir la exigencia de un vínculo de conexión con España para justificar la aplicación extraterritorial de nuestra normativa penal. Esta argumentación, según los magistrados que firman el Voto Particular, constituye «una posición doctrinal manifiestamente antagónica a la acogida por el Legislador en el art. 23.4 de la LOPJ., con lo cual se llega a una conclusión que modifica drásticamente dicha norma legal⁵⁹³». Creemos que un elemento de unión entre España y el caso que se está juzgando refuerza lógicamente los argumentos de un tribunal cuando quiere hacer uso del principio de universalidad, pero no puede ser -bajo ningún concepto- el fundamento esencial del mismo. FERRER LLORET considera que si bien toda esta confusión tiene su causa en la parquedad legislativa española, también manifiesta que la

⁵⁹¹ Fundamento de Derecho Quinto del Voto Particular de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003.

⁵⁹² Fundamento de Derecho Quinto del Voto Particular de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003: «En el caso actual los recurrentes acudieron a esta Sala en casación porque la Audiencia Nacional no admitía la querrela por delito de genocidio, “por ahora”. Alegaban la dificultad de acreditar la falta de efectividad de la jurisdicción nacional, e interesaban una resolución más favorable en cuanto a la interpretación de los requisitos de aplicación de la jurisdicción universal al Genocidio, como delito contra la comunidad internacional. El fallo del recurso contiene una resolución más restrictiva que niega la jurisdicción española de forma definitiva, actúe o no la jurisdicción territorial».

⁵⁹³ Fundamento de Derecho Sexto del Voto Particular de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003.

existencia de puntos de conexión no deja de ser algo razonable en la medida en que se evita el excesivo protagonismo que los jueces españoles podrían llegar a tener en la aplicación del principio de justicia universal⁵⁹⁴. La polémica, pues, está servida.

Sea como fuere, de lo que no hay duda es que lo que lleva a cabo el Tribunal Supremo a tenor de lo que dispone el Voto Particular, es la sustitución del principio de justicia universal por el principio de personalidad pasiva. Este tipo de planteamientos no pueden ser aceptados, ya que la esencia del principio suplantado reside no sólo en la gravedad de los delitos que éste abarca, sino en el hecho de que prescinde de todo elemento de conexión como requisito necesario para su aplicación. Como ya ha sido explicado, la presencia de víctimas españolas, así como el asalto a la Embajada española, no puede ser contemplado como el fundamento de la jurisdicción universal, si bien no hay duda de que el vínculo entre los delitos perpetrados y las víctimas españolas es un claro indicativo de que éstas lo fueron como consecuencia de un acto de venganza que los presuntos culpables cometieron porque aquéllas procuraron protección al grupo étnico que estaba siendo agredido.

Consecuentemente, el principio de personalidad pasiva que plasma el Tribunal Supremo en su Sentencia de 25 de febrero de 2003 opera como un fuerte limitador del principio de universalidad que, antes o después, acabara por desvirtuar al exigir como condición para su aplicación la presencia del presunto culpable en España y/o la existencia de algún vínculo de carácter nacional⁵⁹⁵. SÁNCHEZ LEGIDO opina que: «(...) fuera de los supuestos en que el sospechoso se encuentre en territorio español, su ejercicio [el del principio de justicia universal] sólo parece poder extenderse en el futuro a los casos en que las víctimas sean de nacionalidad española⁵⁹⁶». No hay duda de que

⁵⁹⁴ Vid. FERRER LLORET, J., *El principio de jurisdicción universal: su aplicación en España, Cursos de Derechos Humanos en Donostia-San Sebastián*, ob. cit., págs. 131 y 132. Este autor entiende que la solución que adopta el Tribunal Supremo en el caso *Guatemala* no se puede sustentar del tenor literal de la normativa española ni del contenido de la normativa convencional. Estos elementos de conexión constituyen, en opinión de FERRER LLORET, un margen de «(...) discrecionalidad para que los jueces y tribunales españoles decidan en cada caso concreto la aplicación del principio de jurisdicción universal». Cfr. FERRER LLORET, J., *El principio de jurisdicción universal: su aplicación en España, Cursos de Derechos Humanos en Donostia-San Sebastián*, ob. cit., pág. 132.

⁵⁹⁵ A este respecto, SÁNCHEZ LEGIDO opina que la Sentencia de 25 de febrero de 2003 transforma «(...) la existencia de víctimas de nacionalidad española en un requisito imprescindible para la operatividad del título de jurisdicción previsto en el art. 23.4 LOPJ en aquellos casos en que el sospechoso no se encuentre en territorio español». Cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *La práctica española en materia de jurisdicción universal*, ob. cit. Ello nos lleva fatalmente a la regulación actual, la cual se parece sospechosamente a lo expresado por el Alto Tribunal en la Sentencia que está siendo comentada.

⁵⁹⁶ *Ibidem*.

el Tribunal Supremo relaciona el viejo precepto 23.4 de la LOPJ con el principio de personalidad pasiva cuando el presunto culpable no se halle en territorio español. Paradojas de la vida: este principio es el que ha contado tradicionalmente con menor grado de aceptación en nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, pese a que la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003 sería posteriormente anulada por el Tribunal Constitucional, conviene añadir que ésta no sólo ha influido en otras sentencias suyas -como la del 8 de marzo de 2004⁵⁹⁷ (si bien suaviza su contenido)-; sino que, además, puede contemplarse como un preludio de lo que finalmente sería el contenido del nuevo artículo 23.4 de la LOPJ. Así pues, no hay que desdeñar su valor actual. Asimismo, no hay que olvidar que aquélla fue dictada en un momento en el que el gobierno español mostraba sus reticencias respecto de la aplicación extraterritorial de la Ley Penal española que nuestros órganos judiciales estaban llevando a cabo con tanto empeño. En definitiva, la impresión que da la comentada Sentencia es que el principio de universalidad empezaba a contemplarse, por aquel entonces, como una especie de lastre, altamente conflictivo, que perjudicaba la relación de España con otros Estados, siendo significativa la interpretación llevada a cabo por el Alto Tribunal pues se asemeja asombrosamente al actual artículo 23.4 de la LOPJ⁵⁹⁸.

⁵⁹⁷ Se trata del asunto concerniente al ex ministro de defensa chileno Hernán Julio Brady. El juzgado de instrucción dictó el Auto de 9 de mayo de 2001 en virtud del cual se acordó la extradición del general chileno. Sin embargo, la Audiencia Nacional, mediante Auto de 31 de mayo de 2002, archivó las actuaciones realizadas sobre este caso. Más adelante, el Tribunal Supremo se apoyó en el caso *Guatemala* y fundamentó la competencia de los tribunales españoles del siguiente modo: «(...) declarar que los Tribunales españoles tienen jurisdicción para conocer de los hechos objeto de la querella criminal interpuesta contra el general chileno Hernán Julio Brady Roche, de acuerdo, lógicamente, con la doctrina sentada por el Pleno de este Tribunal en la sentencia del "Caso Guatemala", a cuyo efecto debemos poner de manifiesto que, entre los hechos en los que -según la parte querellante- aparece implicado el citado general se encuentran los realizados contra dos sacerdotes españoles y la muerte del Diplomático español Don Carmelo Soria (...)» (Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2004). Documento disponible en:

[http://www.fundacionpdh.org/jurisprudencia/2004-03-08-STS-\(Chile-CasoBrady\)-\(Competencia\)-Sentencia-competencia.htm](http://www.fundacionpdh.org/jurisprudencia/2004-03-08-STS-(Chile-CasoBrady)-(Competencia)-Sentencia-competencia.htm)

⁵⁹⁸ *Vid. Supra*. Nota 595.

c. Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005

El Tribunal Constitucional se pronunció, el 26 de septiembre de 2005, en contra de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003 y del Auto de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000⁵⁹⁹. El Tribunal Constitucional, al que se recurre en amparo por violación del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución española), centra la mayor parte de su argumentación en determinar si los referidos órganos judiciales llevaron a cabo una interpretación correcta en el asunto *Guatemala* del principio de justicia universal contenido en el artículo 23.4 de la LOPJ.

En definitiva, el núcleo del discurso de aquél gira en torno a la interpretación, abiertamente restrictiva, que tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo realizaron sobre la regla de atribución de competencia contenida en el artículo 23.4 de la LOPJ, que tuvo como consecuencia la negación de la jurisdicción de los tribunales españoles sobre hechos calificados presuntamente como genocidio y terrorismo. El comienzo del razonamiento del Tribunal Constitucional arranca con la consideración relativa a que el legislador atribuye un alcance universal a la jurisdicción española para conocer y juzgar ese tipo de delitos en correspondencia tanto con su gravedad como con su proyección internacional⁶⁰⁰.

En un primer momento, el Tribunal Constitucional analiza el Auto de la Audiencia Nacional -el cual se decantó por una relación de subsidiariedad de la jurisdicción española respecto de la territorial-, declarando que los Estados deben abstenerse de ejercer su jurisdicción sobre hechos que, siendo constitutivos de genocidio, puedan ser objeto de un enjuiciamiento por los tribunales del país en el que ocurrieron o por un tribunal penal internacional creado al efecto.

Como no puede ser de otro modo, el Tribunal Constitucional no niega la

⁵⁹⁹ *Vid. Supra*. Nota 248.

⁶⁰⁰ Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005. Más adelante argumenta que: «el art. 23.4 LOPJ otorga, en principio, un alcance muy amplio al principio de justicia universal, puesto que la única limitación expresa que introduce respecto de ella es la de la cosa juzgada; esto es, que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero. En otras palabras, desde una interpretación apegada al sentido literal del precepto, así como también desde la voluntad legislatoris, es obligado concluir que la LOPJ instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución».

prevalencia del *locus delicti*. Sin embargo, el buen criterio de la Sala de la Audiencia Nacional basado en la abstención de actuación de terceros Estados sobre hechos que están siendo enjuiciados por tribunales territoriales o por tribunales penales específicos, lleva al órgano constitucional a entender que dicha abstención «**sólo** [la negrita es nuestra] habría de darse cuando ya se hubiera iniciado un procedimiento en la jurisdicción territorial o en el Tribunal Internacional; o bien, en todo caso, una modulación razonable de la regla de subsidiariedad habría de llevar también a la abstención de la jurisdicción extraterritorial cuando resultara previsible la efectiva persecución de los delitos en un plazo próximo. A sensu contrario, *para la activación de la jurisdicción universal extraterritorial habría de ser, entonces, suficiente con que se aportaran, de oficio o por la parte actora, indicios serios y razonables de la inactividad judicial que vinieran a acreditar una falta, ya de voluntad, ya de capacidad para la persecución efectiva de los crímenes* [la cursiva es nuestra]. No obstante el Auto de diciembre de 2003, acogiendo una interpretación enormemente restrictiva de la regla de subsidiariedad, va más allá y requiere de los denunciantes una acreditación plena de la imposibilidad legal o de la prolongada inactividad judicial, hasta el punto de venir a exigir la prueba del rechazo efectivo de la denuncia por los Tribunales guatemaltecos⁶⁰¹».

Bajo nuestro punto de vista, esta regla de subsidiariedad -deducida del artículo VI del Convenio contra el genocidio de 1948- que esgrime la Audiencia Nacional, es -como ya hemos dicho en más de una ocasión- un tanto confusa y en absoluto nada convincente. Sobre esta cuestión resulta conveniente acudir al Derecho comparado, concretamente a una declaración de la Corte Constitucional alemana con motivo de la posible aplicación de la justicia universal a un caso de genocidio cometido en Bosnia-Herzegovina. En este asunto se pone de relieve no sólo que entre la legislación interna y el contenido normativo del Convenio de 1948 no existe conflicto alguno, sino que también la inaplicabilidad del principio de universalidad es una cuestión incompatible con las obligaciones de los Estados Parte, según prevé el artículo 1 del citado Convenio⁶⁰².

⁶⁰¹ Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005.

⁶⁰² La Sentencia de 12 de diciembre de 2000 (BverfG, 2 BvR 1290/99) de la Corte Constitucional alemana ratifica la constitucionalidad de las condenas por delitos de genocidio, dictadas por tribunales

SIMON manifiesta que las autoridades alemanas deducen, por medio de una interpretación sistemática-teleológica, la existencia del principio de universalidad en el sentido de que es necesario proporcionar los medios oportunos para una correcta persecución de los objetivos que señala el Convenio sobre el genocidio⁶⁰³. Este planteamiento lleva al autor a afirmar que el principio de jurisdicción territorial y el de universalidad forman parte del referido Convenio, por lo que no es de recibo estimar plausible la relación de subsidiariedad que la Audiencia Nacional propone entre la normativa interna española y el comentado artículo VI, ya que en todo caso reina una relación de carácter alternativo⁶⁰⁴. En este orden de ideas, resulta llamativo que el Tribunal Constitucional se contente tan sólo con declarar la prioridad de los tribunales territoriales, aunque SANTOS VARA opina que «se esfuerza también en demostrar que no existe oposición entre el principio de subsidiariedad y la regla de concurrencia de jurisdicciones⁶⁰⁵».

Creemos que es pertinente poner de relieve, una vez más, que cuando el juez del territorio en el que han acontecido los hechos se está ocupando de un asunto, se impone la abstención de actuación de cualquier juez extranjero, tal y como establece el propio artículo VI del Convenio sobre genocidio. En el asunto chileno, la Sala no apreció la concurrencia de esta circunstancia en la medida en que en Chile se aprobó una legislación que exculpaba las actuaciones ilícitas cometidas por los militares chilenos, lo que supuso, sin lugar a dudas, una denegación sistemática de justicia a favor de las víctimas del régimen del terror impuesto a través del golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973. En definitiva, en Chile no era posible que se produjera una concurrencia de competencias. Sin embargo, aunque la situación de Guatemala no fuera en absoluto equiparable a la de aquel otro país, no es posible argumentar -como en su día lo hizo la Sala de la Audiencia Nacional- que la constatación de la inactividad judicial guatemalteca que pueda dar lugar al ejercicio de la jurisdicción española quede condicionado a la obtención de pruebas de inalcanzable cumplimiento, como puede ser

alemanes, en relación con ciudadanos serbios que habían cometido crímenes en Bosnia-Herzegovina contra víctimas bosnias. Se trata de un supuesto de hecho que no afecta en nada a intereses alemanes.

⁶⁰³ *Vid.* SIMON, J-M., "Justicia Universal y el Genocidio en Guatemala: Perspectivas Europeas"; trabajo preparado con ocasión del I Congreso Internacional sobre Derechos Humanos y el Principio de Justicia Universal celebrado el 1, 2 y 3 de marzo de 2001 en Madrid. Esta interpretación, en opinión del autor, no contraviene las normas del Derecho Internacional general ni del Derecho Internacional de los tratados en relación con el principio de soberanía de los Estados.

⁶⁰⁴ *Ibidem.*

⁶⁰⁵ *Cfr.* SANTOS VARA, J., *La jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala*, REEI, *ob. cit.*, pág. 4.

una resolución negativa emitida por los tribunales guatemaltecos de no juzgar sus propios crímenes. Como ya se dijo, la argumentación de la Audiencia Nacional es un tanto débil, puesto que las diferencias entre ambos países -Chile y Guatemala- no eran en realidad tan grandes. Las autoridades guatemaltecas aunque no contaban con impedimentos legales para actuar, no hicieron nada que mostrase la voluntad de castigar los graves y relativamente recientes hechos ocurridos en su territorio.

Asimismo, en línea con lo anteriormente argumentado, se puede observar cierta dificultad a la hora de determinar con exactitud el grado de pasividad de los órganos judiciales de otros países que la Sala en su día exigió. Da la sensación de que la discrecionalidad en el momento de valorar la aplicación del principio de universalidad es bastante grande si nos atenemos a las consideraciones de la propia Audiencia Nacional en relación con la fuerte carga probatoria a la que queda sometida la parte denunciante, consistente en acreditar el no funcionamiento de la administración de justicia de un país. Como ya hemos sostenido, resulta un tanto desmesurado exigir a los recurrentes que demuestren la inactividad judicial guatemalteca por medio de una resolución negativa emitida por los correspondientes órganos judiciales locales.

Conforme a lo anterior, el Tribunal Constitucional considera que la interpretación que lleva a cabo la Audiencia Nacional en el asunto *Guatemala* es muy restrictiva, vulnerando el «derecho a acceder a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE como expresión primera del derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales⁶⁰⁶». Desde su punto de vista, la argumentación de la Audiencia implica someter a las partes a una carga de prueba excesiva, ya que la premisa de inactividad del Estado guatemalteco -que podría dar lugar a la actividad de los órganos españoles- supone la imposibilidad de obtener la prueba que ésta exige como consecuencia de una falta de actuación en todos los sentidos, lo que se traduce en el imposible ejercicio de la jurisdicción de otros Estados y en la impunidad de los crímenes graves⁶⁰⁷. A estos efectos, el Tribunal Constitucional concluye que: «(...) tan rigorista restricción de la jurisdicción universal, en franca contradicción con la regla hermenéutica pro actione, se

⁶⁰⁶ Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005.

⁶⁰⁷ Acertadamente, el fiscal también entendió que la exigencia de una prueba consistente en demostrar la falta de actividad de los órganos judiciales guatemaltecos sería de imposible cumplimiento y, además, se erigiría en claro perjuicio de las partes demandantes, así como en una clara obstrucción de la finalidad que persigue el artículo 23.4 de la LOPJ.

hace acreedora de reproche constitucional por vulneración del art. 24.1 CE⁶⁰⁸».

Posteriormente, el Tribunal Constitucional al analizar la Sentencia emitida por el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que éste condicionó la aplicación de la LOPJ a que un convenio internacional ratificado por España pudiera avalar la extensión de la competencia extraterritorial prevista por la normativa española -cuestión que no ocurre con la Convención contra el Genocidio-. A su juicio, el Alto Tribunal lleva a cabo una interpretación excesivamente restringida, puesto que no se debe «concluir que de la mención de sólo algunos de los posibles mecanismos de persecución del genocidio, y del consiguiente silencio del Convenio en relación con la Jurisdicción internacional extraterritorial, tenga que inferirse una prohibición dirigida a los Estados parte del Convenio (que, paradójicamente, no alcanzaría a quienes no lo son) de que en sus legislaciones nacionales introduzcan, siguiendo, de hecho, el mandato plasmado en el art. I, otras herramientas de persecución del delito⁶⁰⁹».

Así las cosas, el Tribunal Constitucional esgrime que el artículo VI del Convenio sobre el genocidio constituye tan sólo una obligación de mínimos que únicamente compromete a los Estados a perseguir dicho crimen dentro de su propio territorio con el objeto de no dejarlo impune⁶¹⁰. A raíz de esta interpretación, entendemos perfectamente razonable que el Tribunal Constitucional no se oponga a que -a través del referido artículo VI- los Estados parte del Convenio fijen mecanismos específicos de persecución para enjuiciar delitos de genocidio. Según considera el guardián de la Constitución, la finalidad que se desprende de este artículo es una obligación de intervención y no una prohibición de intervención que quedaría fuera de toda lógica en un instrumento jurídico internacional elaborado con la finalidad de poner fin y perseguir uno de los crímenes más graves que asuelan nuestro planeta⁶¹¹. No entenderlo así llevaría a los firmantes del Convenio a renunciar a otros posibles mecanismos de

⁶⁰⁸ Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005.

⁶⁰⁹ Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005.

⁶¹⁰ *Vid. Supra*. Nota 580.

⁶¹¹ Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005. Del mismo modo lo entiende SANTOS VARA cuando afirma que no sería «(...) coherente con la finalidad del Convenio sobre genocidio que los Estados parte renuncien a la persecución universal, ya que el Estado territorial será incapaz en muchos casos de llevar a cabo un ejercicio efectivo de su jurisdicción». *Cfr.* SANTOS VARA, J., "Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho Internacional Público", REEI, nº 11, 2005, pág. 13. Documento disponible en: [http://www.reei.org/reei%2011/Cronica%20Aplicacion%20Judicial\(reei11\).pdf](http://www.reei.org/reei%2011/Cronica%20Aplicacion%20Judicial(reei11).pdf)

persecución del referido delito.

En cualquier caso, siguiendo la línea argumental del Tribunal Constitucional, no es extraño que los razonamientos del Tribunal Supremo en relación con la necesaria existencia de puntos de conexión para fundamentar el ejercicio de la competencia universal le resulten un tanto chocantes; no sólo por los numerosos precedentes judiciales en terceros Estados contrarios a establecer dicha vinculación, sino también por las nutridas legislaciones domésticas caracterizadas por contemplar un ejercicio de la justicia universal carente de toda conexión con el caso que se pretende enjuiciar. De este modo, el Tribunal Constitucional argumenta que la presencia del presunto responsable no es necesaria -a diferencia de lo que entendía el Tribunal Supremo- en el inicio del ejercicio de la competencia judicial ni en la apertura del proceso y, además, esgrime que determinar la presencia de víctimas españolas como fundamento de la competencia universal no sólo es una interpretación restringida, sino *contra legem* del ordenamiento jurídico español⁶¹². Así, la incorporación del requisito relativo a la existencia de víctimas españolas contradice la naturaleza del delito de genocidio y su vocación universal, la cual «queda cercenada por su base⁶¹³», ya que, en opinión del Alto Tribunal, únicamente puede ser perseguible este delito cuando existan nacionales españoles implicados y, por tanto, cuando la conducta tenga por objeto destruir al grupo nacional español. Desde nuestro punto de vista, este planteamiento pone de manifiesto la inverosimilitud de las ideas plasmadas por aquél. Consideramos que el criterio de interés nacional en los términos planteados por el Tribunal Supremo no resulta conciliable con el fundamento de la jurisdicción universal. Además, la interpretación que éste hace es una repetición de lo previsto en el apartado 3 del artículo 23 de la LOPJ que, no hay que olvidar, recoge el principio de protección de intereses nacionales. Así las cosas, no nos sorprende que el Tribunal Constitucional argumente la completa desvirtuación interpretativa que realiza el otro órgano judicial sobre el artículo 23.4 de

⁶¹² De este modo, el Tribunal Constitucional recoge la tesis de los Autos de la Audiencia Nacional de 1998 (relativos a los graves sucesos ocurridos en Argentina y Chile), ya que si bien la presencia de víctimas españolas puede ser un acicate razonable en el ejercicio de la jurisdicción por parte de nuestros tribunales, no puede configurarse como circunstancia clave para fundamentar, por medio del principio de universalidad, la persecución y la sanción de graves hechos delictivos.

⁶¹³ Fundamento de Derecho Noveno de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005.

la LOPJ⁶¹⁴.

Conforme a lo anterior, queda claro que no es necesaria una conexión entre el Estado español y los hechos que en virtud del artículo 23.4 de la LOPJ pretenden enjuiciarse en la medida en que dicho precepto enumera un listado de delitos perseguibles a instancias de nuestros propios tribunales, independientemente de que se hayan cometido en el extranjero y/o por extranjeros⁶¹⁵. Compartimos, pues, el criterio del Tribunal Constitucional en torno a la institución de la justicia universal, el cual no sólo considera que es la persecución transfronteriza su verdadera esencia, sino que su aplicación respecto a determinados delitos responde a la idea de gravedad y lesividad de los mismos⁶¹⁶. En definitiva, nos alineamos junto a la postura que éste adopta cuando declara que la aplicación del principio de universalidad trasciende de víctimas concretas, alcanzando, por ende, el ámbito de la comunidad internacional -despojándose de los intereses particulares estatales-. Todo ello se traduce en la auténtica necesidad de que los Estados asuman sin remilgos el compromiso de la lucha efectiva contra los graves delitos que azotan al mundo⁶¹⁷.

Consecuentemente, el Auto de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003 vulneran el artículo 24 de la Constitución española, lo que implica otorgar el amparo a los denunciantes y anular, por ende, las citadas resoluciones, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior en el que dicho Auto fue dictado.

Producto de la actuación del órgano judicial encargado de salvaguardar la

⁶¹⁴ Fundamento de Derecho Octavo de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005.

⁶¹⁵ El Tribunal Constitucional hace hincapié en que la cláusula relativa a lo que establezcan "los tratados o convenios internacionales" -que corresponde al viejo apartado i) del derogado artículo 23.4 de la LOPJ- implica la posibilidad de que si un instrumento de esta clase prevé la actuación de órganos estatales, España tendrá la facultad de castigar hechos delictivos subsumibles en tipos penales distintos de los que aparecen enumerados en el artículo 23.4 de la LOPJ.

⁶¹⁶ Fundamento de Derecho Décimo de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005.

⁶¹⁷ El Tribunal Constitucional se expresa en los siguientes términos: «(...) la persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la Comunidad Internacional en su conjunto. Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados (...), cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos. Del mismo modo la concepción de la jurisdicción universal en el Derecho internacional actualmente vigente no se configura en torno a vínculos de conexión fundados en particulares intereses estatales» (Fundamento de Derecho Noveno de la Sentencia de 26 de septiembre de 2005).

Constitución española, la Audiencia Nacional se vio obligada a aceptar a trámite las denuncias interpuestas por hechos delictivos graves acontecidos en Guatemala, así como respecto de aquellos otros ocurridos en Tíbet -que habían seguido el mismo cauce del proceso anterior- susceptibles de subsumirse bajo el tipo penal de genocidio, según consta en el Auto de 10 de enero de 2006 en el que se revoca la anterior decisión de inadmisión⁶¹⁸. Además, la Audiencia se vio abocada a desechar el criterio relativo a que la pasividad de las autoridades judiciales de un país debe quedar demostrada por los denunciados. Producto de todo ello, SANTOS VARA afirma que solamente «tras la respuesta en la que se declare la inexistencia de procesos por la misma causa o transcurrido un plazo razonable sin haber obtenido respuesta, el Tribunal se pronunciará sobre si admite a trámite la querrela o la archiva⁶¹⁹». Asimismo, el Tribunal Supremo tuvo que revocar en casación la anterior resolución de la Audiencia Nacional, de 29 de abril de 2005, que establecía la inadmisión a trámite de la querrela planteada ante nuestros órganos judiciales por los miembros del movimiento espiritual *Falun Gong* contra dirigentes de la República Popular China⁶²⁰.

⁶¹⁸ Estas denuncias se presentaron contra el ex presidente de la República Popular China, Jian Zemin, así como contra el antiguo primer ministro, Li Peng, y otros altos mandatarios chinos: «Discrepa la defensa de los querellantes del auto dictado por el Juzgador quien, acogiendo las tesis expuestas en el informe evacuado por el Ministerio Fiscal, inadmitió a trámite la querrela presentada por genocidio no por las razones expuestas por el órgano jurisdiccional o el Ministerio Fiscal, sino porque tras la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005 al pronunciarse sobre el alcance del art. 23.4 de la L.O.P.J. la decisión adoptada ha supuesto un cambio radical sobre la postura mantenida hasta entonces por nuestro Tribunal Supremo, de tal forma que basta analizar los presupuestos sobre los que se pronunció, en primer lugar, la Audiencia Nacional, posteriormente el citado Tribunal Supremo y por último el Tribunal Constitucional para llegar a la conclusión de la revocación del auto dictado [de 5 de septiembre de 2005] y, consecuentemente, a la admisión de la querrela presentada» (Fundamento de Derecho Primero del Auto de la Audiencia Nacional de 10 de enero de 2006). Documento disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/tibet.html>

⁶¹⁹ Cfr. SANTOS VARA, J., *La jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala*, REEI, ob. cit., pág. 6. Esta nueva doctrina se utiliza, según el autor citado, en el Auto de la Audiencia Nacional de 10 de enero de 2006.

⁶²⁰ Se trata de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006 en virtud de la cual se aceptó la jurisdicción de los tribunales españoles para investigar el presunto genocidio perpetrado -por las autoridades chinas- contra los miembros que componían la secta *Falun Gong*. La denuncia presentada ante la Audiencia Nacional fue dirigida contra el presidente del Comité Nacional del Consejo Consultivo Político del Pueblo Chino, Jian Quinling, y otros tres altos cargos del gobierno chino, aprovechando la circunstancia de que tenían fijada su asistencia al II Foro Hispano-Chino que iba a tener lugar en España. La referida Sentencia del Alto Tribunal es, en opinión de SANTOS VARA, un tanto sorprendente por afirmar no sólo la existencia de la jurisdicción universal en este caso, sino también por los argumentos jurídicos que aduce. Sostiene, además, que carece de credibilidad la consideración jurídica relativa a la calificación de dicho movimiento como grupo religioso. Vid. SANTOS VARA, J., "Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho Internacional Público", REEI, nº 13, 2007, págs. 3 y ss. Documento disponible en: [http://www.reei.org/reei%2013/CronicaAplicacionJudicialDIP\(reei13\).pdf](http://www.reei.org/reei%2013/CronicaAplicacionJudicialDIP(reei13).pdf)

Asimismo, SANTOS VARA expone que el razonamiento del Tribunal Supremo es ligeramente opuesto al manifestado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 26 de septiembre de 2005: «En primer lugar, el Tribunal Supremo se esfuerza en demostrar que no existieron discrepancias entre la sentencia del

En conclusión, el Tribunal Constitucional zanja el desajuste existente hasta ese momento en torno al contenido y alcance de la aplicación extraterritorial de la Ley Penal española. REMIRO BROTONS determina que esta Sentencia pone las cosas en su sitio al reconocer que se ha vulnerado en el asunto *Guatemala* el derecho a la tutela judicial efectiva; además, indica -como un detalle a tener en cuenta- que, en el momento en el que fue dictada, el cargo de fiscal general del Estado estaba siendo ocupado por la misma persona que en su día firmó el Voto Particular de la Sentencia anterior del Tribunal Supremo⁶²¹. Sea como fuere, esta Sentencia pone fin a las limitaciones impuestas por ciertos órganos judiciales respecto de la equivocada interpretación que plasmaron sobre el artículo 23.4 de la LOPJ. Así pues, no podemos sino mostrarnos conformes con la opinión expresada por SANTOS VARA cuando argumenta que dicho pronunciamiento «supone la consolidación de la jurisdicción universal de los órganos judiciales españoles (...) al considerar que la decisión del legislador español de optar por una concepción amplia del principio de persecución universal está plenamente aceptada por el Derecho internacional⁶²²».

Tribunal Supremo 327/2003 y el voto particular formulado por siete Magistrados de la Sala en cuanto a la interpretación del artículo 23.4 de la LOPJ. (...) En segundo lugar, crítica [*sic*] también la interpretación del Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 realizada por el Tribunal Constitucional en relación con el principio de jurisdicción universal». Cfr. SANTOS VARA, J., *Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho Internacional Público*, REEI, ob. cit., págs. 4 y ss. Sobre esta última cuestión, el autor citado entiende que el Tribunal Supremo tenía toda la razón al discurrir de aquel modo, puesto que el Tribunal Constitucional debió de «(...) haber completado su razonamiento en el sentido de que sería el desarrollo posterior al Convenio de 1948 del Derecho internacional el que legitimaría plenamente la actuación extraterritorial universal para perseguir a los presuntos autores de este delito». Cfr. SANTOS VARA, J., *Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho Internacional Público*, REEI, ob. cit., pág. 5. Sea como fuere, el Tribunal Supremo sigue el razonamiento expuesto por el sector doctrinal que basa el ejercicio de la jurisdicción universal en la presencia del presunto autor del delito en nuestro país, en clara contraposición con lo esgrimido por el Tribunal Constitucional en la anteriormente señalada sentencia. Vid. SANTOS VARA, J., *Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho Internacional Público*, REEI, ob. cit., pág. 4 págs. 3 y ss (adviértase que en la presente nota hemos hecho referencia a la Crónica 13/2007). Asimismo: Vid. ORIHUELA CALATAYUD, E., *El Derecho internacional ante los retos de...*, ob. cit., pág. 466. Así las cosas, no nos resulta extraña la opinión plasmada por REMIRO BROTONS cuando afirma que esta Sentencia del Tribunal Supremo «(...) se recrea en una crítica sistemática y acerada de la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005, [convirtiéndose esta situación en] una delicia para los buenos aficionados a las corridas interinstitucionales». Cfr. REMIRO BROTONS, A., "Crímenes internacionales, jueces estatales: de la universalidad y otras soledades", en: SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. (coordinador), *Obra homenaje al Dr. Santiago Torres Bernárdez*, Ed. Universidad del País Vasco, Guipúzcoa, 2010, pág. 267.

⁶²¹ *Ibidem*.

⁶²² Cfr. SANTOS VARA, J., *La jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala*, REEI, ob. cit., pág. 20.

ii. El asunto *Cavallo*

En agosto de 2000, la Audiencia Nacional española ordenó a la Interpol de México la detención inmediata del ex capitán de la marina argentina Ricardo Miguel Cavallo (también conocido por los mote de SÉRPICO, Marcelo o Miguel Ángel) con el objeto de que fuera extraditado a nuestro país⁶²³. Del mismo modo que a Scilingo, a Cavallo se le acusó de participar en graves delitos de torturas, asesinatos y secuestros, organizados por la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA) en Buenos Aires, durante la dictadura argentina (1976-1983)⁶²⁴. Como ya pasó con el asunto *Pinochet*, el caso *Cavallo* removi6 el debate acerca de la legitimidad de los tribunales extranjeros para enjuiciar cr6menes cometidos fuera de su propio territorio⁶²⁵.

Siguiendo con el curso de los acontecimientos, el 11 de febrero de 2001, el juez Jesús Guadalupe Luna Altamirano autoriz6 -mediante Opinión Pública 5/2001- la extradición del referido ex capitán a España por delitos de genocidio y terrorismo, considerando no obstante que el delito de torturas hab6 prescrito. Dicha decisi6n fue impugnada por la defensa de Cavallo, pero la Suprema Corte de Justicia de México, el 10 de junio de 2003⁶²⁶, acab6 por autorizar su extradición para su enjuiciamiento en nuestro pa6s por delitos de terrorismo y genocidio⁶²⁷.

Conviene tener presente que el proceso que iba a ser ventilado en España

⁶²³ El largo proceso de extradición de Cavallo comenz6 el 28 de marzo de 1999 cuando el fiscal Carlos Castresana interpuso una denuncia contra Rafael Videla y todos los que ostentaron altos cargos durante la dictadura militar argentina. Cavallo fue arrestado en el vuelo que, presumiblemente a modo de huida, tom6 en México D.F. con destino a Buenos Aires. Dicho vuelo, para su mala fortuna, hizo escala en Canc6n para repostar y fue precisamente en ese momento cuando se produjo su detenci6n. Vid. LUTZ, E., Y SIKKINK, K., *ob. cit.*, pág. 23.

⁶²⁴ IRIART -quien form6 parte de la acusaci6n particular del sumario que instruy6 el juez Garz6n contra militares argentinos- determin6 que fueron m6s de cuatro mil quinientas las personas secuestradas durante la dictadura militar argentina, tras hacer acopio de valiosos datos aportados en parte por los propios supervivientes de la ESMA (Vid. *Infra*. Nota 642). Vid. IRIART, C., "Cuatro buenas razones para enjuiciar a un genocida: el caso Cavallo", PCI, n6 72, 2000, pág. 102.

⁶²⁵ La idea predominante en aquel momento fue que el asunto *Cavallo* se erigía como «(...) una respuesta jur6dica a las sangrientas dictaduras de finales del siglo XX en el continente americano, y como un intento de que los cr6menes cometidos por los militares que tomaron el poder violentamente no se queden en la impunidad». Cfr. BECERRA RAM6REZ, M., "El caso Cavallo", AMDI, Vol. IV, 2004, pág. 586.

⁶²⁶ Vid. AZN6REZ, J.J., "El Supremo de México concede a España la extradición del torturador argentino Cavallo", *El Pa6s*, 11 de junio de 2003. Documento disponible en: http://www.elpa6s.com/articulo/internacional/Supremo/Mexico/concede/Espana/extradicion/torturador/argentino/Cavallo/elpepuint/20030611elpepuint_13/Tes

⁶²⁷ Respecto de los cr6menes de genocidio y terrorismo objeto de la querella, debe apuntarse que México ya hab6 incorporado ambos delitos en su legislaci6n, lo que implic6 el cumplimiento del principio de la doble incriminaci6n que exige el Convenio que regula las cuestiones sobre extradición entre México y España. Asimismo, debe a6adirse que dicho pa6s firm6 en su d6a los principales acuerdos internacionales en los que se regulan ambos delitos.

contaba con argumentos sólidos, ya que el también ex oficial de la ESMA, Adolfo Scilingo, declaró ante el juez español no sólo su arrepentimiento sino también la participación de Cavallo en, al menos, uno de los vuelos en los que se arrojaron al mar cuerpos de personas secuestradas. No hay duda alguna de que aquellas declaraciones permitieron a España solicitar -a México- la pertinente orden de extradición con mayor solvencia y garantía de obtener un resultado positivo. Otro pilar clave para la apertura del proceso en nuestro país fue la ausencia de una condena contra Cavallo en Argentina por los delitos que había presuntamente cometido⁶²⁸.

No obstante, a pesar de que México decidió finalmente conceder a España la extradición de Cavallo, éste fue de nuevo "reextraditado" a Argentina justo unos meses antes de que comenzara el juicio oral en nuestro país. Esta decisión, fue muy criticada por aquellos sectores que defendían y respaldaban una firme y justa aplicación del principio de universalidad. Aunque el resultado del largo proceso desembocó en la re-extradición de Cavallo a su país de origen, podemos sacar una lectura optimista de todo ello y argumentar que el complejo *iter* judicial del mencionado asunto -como en su día lo fué el propio caso *Pinochet*- demostró que los mecanismos de cooperación policial y judicial entre Estados son válidas herramientas que permiten la detención internacional y la aplicación de complejos procedimientos de extradición⁶²⁹. Otra interpretación positiva, que en este caso afecta al principio de universalidad, es la idea de que en España, en las primeras fases procesales, resulta efectiva la aplicación del principio de universalidad *in absentia* del inculpado.

El proceso judicial contra Cavallo cobró un especial impulso en el momento en el que la Audiencia Nacional, el 20 de diciembre de 2006, dictó un Auto en virtud del cual entendía que la competencia de los órganos judiciales españoles, con base en la aplicación del principio de justicia universal, pasaba por el análisis previo de valorar concienzudamente si la jurisdicción argentina podía ser ejercitada eficazmente para la

⁶²⁸ La Ley Punto Final y la de Obediencia Debida excluyeron la posibilidad de dirigir cualquier reclamación judicial contra los que hubieran ostentado relevantes cargos durante la dictadura argentina. No obstante, mientras Ricardo Cavallo esperaba juicio en España, dichas leyes fueron anuladas.

⁶²⁹ FERRER LLORET se apresura en afirmar que dichos mecanismos de cooperación pueden estar, en muchos casos, sometidos a la voluntariedad de los gobiernos afectados «(...) a pesar de los esfuerzos que se aprecian en los convenios en la materia dirigidos a reducir el margen de discrecionalidad». Cfr. FERRER LLORET, J., *El principio de jurisdicción universal: su aplicación en España, Cursos de Derechos Humanos en Donostia-San Sebastián*, ob. cit., págs. 159 y 160.

persecución de los delitos imputados al procesado Ricardo Miguel Cavallo⁶³⁰. En definitiva, la Audiencia Nacional centró su argumentación en el examen relativo a la posible preferencia del *locus delicti*. A este respecto, el Auto de la Audiencia Nacional puntualiza que en casos semejantes nuestros jueces han asumido su competencia al comprobar el contenido y vigencia de ciertas leyes, como, por ejemplo, la Ley de Punto Final y de Obediencia Debida, que colocan a las víctimas en una clara situación de indefensión⁶³¹. Consecuentemente, la derogación de las citadas normas durante el desarrollo de las actuaciones judiciales españolas contra Cavallo supuso la desaparición de uno de los fundamentos más recurrentemente utilizados por nuestros jueces a la hora de desacreditar la pasividad de la justicia argentina.

Siendo así las cosas, la Audiencia Nacional insta la creación de Comisiones Rogatorias con el objeto de averiguar el alcance de la justicia argentina y concluye que: «(...) de manera efectiva la jurisdicción penal competente argentina sigue hasta tres procesos por los mismos hechos e imputaciones que en el Sumario 19/97 del Juzgado Central número 5 se encuentra acusado Cavallo, existiendo (...) litis pendencia o concurrencia de jurisdicciones penales (la Argentina en base al *locus delicti* y la Española por el principio de Justicia universal) que (...) debe resolverse con preferencia a la del lugar de comisión cuando como aquí ocurre actúa de manera efectiva, sin que tal prioridad quiebre por el distinto estadio en que se encuentren las causas argentina y española, ni tampoco por la "racionalidad" o principio de oportunidad como mantuvo Iniciativa per Catalunya desde el momento en que no puede dudarse de que la jurisdicción argentina, impulsada por el Ministerio Fiscal una vez desaparecido el obstáculo que representaban las Ley de Punto Final y Obediencia Debida cuya nulidad declaró la resolución de 14 de junio de 2005 de la Corte Suprema de Justicia Argentina, viene actuando efectivamente en el enjuiciamiento de los hechos acaecidos en la E.S.M.A., colmando así el interés de la Comunidad Internacional y el concreto de las víctimas al tiempo que habrá de tutelar todos los derechos de los encausados entre los que se encuentra el aquí procesado Ricardo Miguel Cavallo⁶³²».

Tras este razonamiento, no ha de extrañar que la Audiencia Nacional finalmente decline su competencia en favor de la autoridad jurisdiccional argentina. Es importante

⁶³⁰ Documento disponible en la página web del Equipo Nizkor:
<http://www.derechos.org/nizkor/espana/juicioral/doc/cavallo5.html>

⁶³¹ Fundamento de Derecho Tercero del Auto de 20 de diciembre de 2006.

⁶³² Fundamento de Derecho Cuarto del Auto de 20 de diciembre de 2006.

resaltar que la referida declinación tuvo lugar no sólo como consecuencia de la derogación de las Leyes anteriormente mencionadas -que impedían claramente juzgar a los responsables de las graves atrocidades cometidas bajo su dirección y consentimiento-, sino que también fue producto del desarrollo de otros procesos judiciales seguidos en Argentina. Como era de prever, esta decisión fue duramente criticada por numerosas asociaciones y organizaciones no gubernamentales que centraron su argumentación en el carácter inaudito y repentino de dicha decisión⁶³³.

De todos modos, el mencionado Auto fue anulado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2007⁶³⁴ que se mostró muy contundente a la hora de rechazar la fundamentación jurídica empleada por la Audiencia Nacional. El Alto Tribunal se expresó de la siguiente manera: (...) [el Auto recurrido de la Audiencia Nacional] viene a disponer materialmente la extradición de un acusado cuyo enjuiciamiento se había acordado ya, con anterioridad, que correspondía a los Tribunales españoles, sin la existencia de previa solicitud de extradición, ni comprobación de la concurrencia de los requisitos legalmente previstos para ella, sustrayendo al Ejecutivo su capacidad de decisión en esta materia y contraviniendo, además, el contenido de los Tratados suscritos por nuestro país, tanto con la República Argentina como con los Estados Unidos Mexicanos, razones por las que tal decisión ha de ser anulada, a partir de la previa estimación de los Recursos contra ella interpuestos⁶³⁵».

No obstante, el 25 de mayo de 2007, el Consejo de Ministros había acordado solicitar autorización a México para conceder la reextradición de Ricardo Miguel Cavallo de España a Argentina⁶³⁶. La Asociación Argentina Pro Derechos Humanos denunció la deplorable naturaleza de dicho acuerdo y determinó que era «de público

⁶³³ A estos efectos, Amnistía Internacional determina lo siguiente: «recuerda que no existe ningún principio de derecho internacional que otorgue preferencia alguna a los tribunales del Estado del territorio donde se cometieron los crímenes contra el derecho internacional. Los delitos que presuntamente habría cometido Ricardo Miguel Cavallo son crímenes de derecho internacional, que afectan a la comunidad internacional en su conjunto y no a un Estado en particular. Esto significa que, de acuerdo a las normas internacionales, el ejercicio de la jurisdicción por parte de la justicia española es un deber, y no una potestad que puedan ejercer a su arbitrio los jueces». Cfr. *"España incumple sus obligaciones internacionales en el caso Ricardo Cavallo"*; documento publicado por Amnistía Internacional el 2 de febrero de 2007 y disponible en la página web del Equipo Nizkor:

<http://www.derechos.org/nizkor/espana/juicioral/doc/aisp1.html>

⁶³⁴ Documento disponible en la página web del Equipo Nizkor:

<http://www.derechos.org/nizkor/espana/juicioral/doc/guevara.html>

⁶³⁵ Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2007.

⁶³⁶ Documento disponible en la página web del Equipo Nizkor:

<http://www.derechos.org/nizkor/espana/juicioral/doc/cavallo21.html>

conocimiento que [Cavallo] no es reclamado por las autoridades argentinas por el mismo tipo de delitos de los que está siendo acusado en España⁶³⁷». Además, añadió que: «Ricardo Cavallo está acusado en España de la comisión de un delito de lesa humanidad y existen en este país las pruebas documentales necesarias y suficientes sobre la actuación criminal del grupo de tareas que existió en el campo de exterminio ESMA, grupo al que se pretende demostrar que pertenecía Cavallo⁶³⁸».

Conforme a lo anterior, resulta constatable el recelo que mostraron las autoridades españolas a que el presunto culpable fuera finalmente juzgado en nuestro país. Todo indica que pasado un tiempo prudencial desde el comienzo de las actuaciones en torno al caso *Cavallo* -para calmar presumiblemente los ánimos de aquellos que pretendían obtener una condena en España en contra del susodicho por crímenes de lesa humanidad-, la Audiencia Nacional emitió un Auto, el 14 de marzo de 2008, en virtud del cual se autorizaba la entrega del sospechoso a Argentina, produciéndose consecuentemente el sobreseimiento y el archivo de las actuaciones del caso en España⁶³⁹. En contra del referido Auto se interpusieron sendos recursos de súplica que al poco tiempo fueron desestimados. Tras estos sucesos, la fiscalía del Tribunal Supremo puso el punto y final a este largo y contradictorio proceso mediante la elaboración de un informe en el que se oponía al archivo de las actuaciones judiciales españolas: «Quizás no sería procedente acordar el sobreseimiento de las actuaciones, resolución prevista para la fase intermedia del procedimiento, y sí, solo el archivo de las actuaciones una vez hecha efectiva la entrega extradicional, pero con independencia del "nomen iuris" que se le otorgue a dicha resolución, el archivo resultaba inevitable acreditada la entrega efectiva del procesado⁶⁴⁰».

Lógicamente, fueron muchas las críticas emitidas por aquellos que consideraron inadmisibles la re-extradición de Cavallo a Argentina. Estas críticas no nos son del todo ajenas, puesto que es obvio que con esta medida el principio de universalidad sufría, en España, un duro traspié. Así lo corroboran las palabras de la Directora Ejecutiva de

⁶³⁷ Cfr. "La decisión del Consejo de Ministros de extraditar a Cavallo es deplorable"; documento publicado por la Asociación Argentina Pro Derechos Humanos el 1 de marzo de 2008 y disponible en la página web del Equipo Nizkor: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/juicioral/doc/zpcavallo.html>

⁶³⁸ *Ibidem*.

⁶³⁹ Documento disponible en la página web del Equipo Nizkor: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/juicioral/doc/archivo1.html>

⁶⁴⁰ Se trata del informe que realizó la Fiscalía del Tribunal Supremo oponiéndose al archivo del caso *Cavallo*. Documento disponible en la página web del Equipo Nizkor: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/juicioral/doc/fiscalia3.html>

Human Rights, LACABE, -emitidas antes de que el caso fuera finalmente archivado-, pronunciadas bajo unos parámetros ligeramente irónicos y mordaces aunque no exentos de cierto y crudo realismo: «Es un buen momento para ser un argentino violador de derechos humanos en España. España hace tiempo fue el centro de atención en la progresiva aplicación del Derecho Internacional de los derechos humanos. Pero el sentido de las mareas ha cambiado (...) La estrategia legal aplicada en España parece estar diseñada a minimizar el número de los acusados y la gravedad de los cargos existentes contra ellos. Los juicios en Argentina probablemente darán lugar a que los acusados sean juzgados por delitos comunes y no por crímenes contra la humanidad. (...). Ser juzgado por un crimen de asesinato requerirá un mayor nivel de evidencia para condenar a los acusados de un delito concreto en vez de demostrar una conducta particular y/o pertenencia a una organización delictiva que dio lugar a la comisión de delitos, minimizando la gravedad de los crímenes y el castigo potencial que los acusados tienen que hacer frente. Así que si usted es un violador de derechos humanos en América Latina, no puede hacer nada mejor que ir de visita a España⁶⁴¹».

A la vista de lo ocurrido en el complejo y largo asunto *Cavallo* -en el que se produjo no sólo una sino dos extradiciones, así como la marginación del principio de universalidad al otorgar primacía a la jurisdicción territorial-, reinó cierta decepción en aquellos que buscaban una eficaz y justa aplicación de la Ley debido a que, principalmente, no se tomó en consideración que el proceso comenzado en España versaba sobre una serie de delitos que no coincidían con los imputados a Cavallo por la justicia argentina. En aquel momento fue imposible no advertir ciertas dosis de impunidad para con los violadores de los derechos humanos que operó, lógicamente, en claro detrimento de las víctimas que sufrieron la dura represión argentina y que, además, vieron pasar ante sus ojos la posibilidad desperdiciada de verse resarcidas por

⁶⁴¹ Cfr. LACABE, M., "It's a good time to be an Argentinian human rights violator in Spain"; publicado por el Equipo Nizkor el 7 de febrero de 2007 y disponible en la página web del Equipo Nizkor:

<http://www.derechos.org/nizkor/espana/juicioral/doc/marga.html>

«It's a good time to be an Argentinian human rights violator in Spain. Once upon a time Spain was in the spotlight for its progressive application of international human rights law. But the tides have turned (...) The legal strategy being pursued in Spain appears to be designed to minimize the number of the accused and the severity of the charges against them. Trials in Argentina will likely result in the accused being tried on common crimes rather than crimes against humanity (...). Being tried for a crime such as murder will require a greater level of evidence to convict the accused of a particular crime rather than demonstrating a particular behavior and/or membership in a criminal organization which led to the commission of crimes and minimizes the seriousness of the crimes and the potential punishment those accused have to face. So if you are a Latin American human rights violator, you could do worse than visiting Spain [sic]»

todos los daños sufridos tras tantos años de espera judicial.

2. 3. Consagración del principio de jurisdicción universal: Scilingo

a. Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005

De conformidad con lo que se expuso anteriormente, el Juzgado de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional decidió, en 1996, la incoación de una serie de diligencias que afectaban a personas de origen español asesinadas o desaparecidas en Argentina entre 1976 y 1983. Tras casi una década de lucha judicial, el asunto se centró, entre otras, en la figura del capitán de corbeta, Adolfo Francisco Scilingo Manzorro, quien cooperó -del mismo modo que lo hizo Cavallo- en las estrategias ideadas por el Grupo de Tareas 3.3.2 de la ESMA⁶⁴²- y formó parte -como se pudo comprobar a lo largo del proceso judicial celebrado al efecto- de una organización criminal constituida como una unidad de contrainteligencia y exterminio. Un dato relevante que tuvo lugar durante el desarrollo del referido proceso es que Scilingo reconoció -aunque más tarde se retractaría- su participación en dos de los conocidos vuelos de la muerte⁶⁴³.

Del mismo modo que en el asunto *Cavallo*, el caso *Scilingo* fue un proceso muy

⁶⁴² GARCÍA MARTÍNEZ DE MURGUÍA nos recuerda que en dicha escuela naval «(...) se desarrolló una sistemática cadena de secuestros, torturas, asesinatos y lanzamiento al mar de miles de personas narcotizadas pero todavía vivas, entre otra serie de actividades delictivas, derivadas de aquella desalmada represión». Cfr. GARCÍA MARTÍNEZ DE MURGUÍA, P., "Esma: Justicia al fin", *La Vanguardia*, 24 de julio de 2006. Documento disponible en: <http://www.fundacionpdh.org/prudencio/articulos/2006-07-24-ESMA-justicia-al-fin.htm>

⁶⁴³ Según *El País*, Scilingo aunque admitió que en su primer vuelo participó personalmente en el lanzamiento de trece personas y, en el segundo, colaboró con el lanzamiento de otras diecisiete, finalmente declaró que todo había sido «una gran mentira, un montaje, un show». Vid. *El País*, 7 de marzo de 2005. Documento disponible en:

http://www.elpais.com/articulo/espana/Fiscalia/pide/9138/anos/carcel/Scilingo/genocidio/terrorismo/elpepuesp/20050307elpepunac_5/Tes

GIL GIL puso de relieve que la condena impuesta por la Audiencia Nacional a Scilingo se basó fundamentalmente en las propias palabras del acusado, puesto que no acudieron al juicio testigos directos que le implicaran en la comisión de los hechos que se le habían imputado. Vid. GIL GIL, A., "La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo", RECPC, nº 7, 2005, pág. 16. Documento disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-r1.pdf>

Efectivamente, Scilingo admitió su participación en dos vuelos de la muerte pero también es cierto que nunca respondió a la pregunta de si fue él el que personalmente arrojó los cuerpos al mar. Ello lleva a la autora citada a argumentar que la Sala acudió a la «teoría del acuerdo previo para hacer responder como autores a todos los que han acordado cometer un delito, cualquiera que sea el papel que les corresponde en la comisión del mismo. Pero lo cierto es que la sentencia ni siquiera argumenta en este sentido, sino que directamente parece desconocer la distinción entre autoría y complicidad, condenando como autor al encausado por "su participación directa y personal en los hechos", lo que resulta inadmisibles desde el Cp español». Cfr. GIL GIL, A., *La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo*, RECPC, ob. cit., pág. 16. Los documentos de audio relativos a las declaraciones efectuadas por el propio Scilingo, el 9 de octubre de 1997, que hacen referencia a los vuelos de la muerte sobre los que, en un principio, admitió su participación, se encuentran disponibles en: <http://www.radionizkor.org/juicio/>

largo. En un primer momento, Scilingo llegó a Madrid en octubre de 1997 con el objeto de declarar voluntariamente ante el juez instructor del caso, Baltasar Garzón. Después de su declaración, el juez decidió adoptar medidas cautelares y retener su pasaporte, dando comienzo a un complejo proceso de instrucción. El final del mismo se produjo el 8 de octubre de 2001, momento en el que empezó el juicio oral ante la Audiencia Nacional, cuya primera sesión tuvo lugar el 14 de enero de 2005.

La Audiencia Nacional condenó a Scilingo a seiscientos cuarenta años de prisión por delitos de lesa humanidad a través de su Sentencia de 19 de abril de 2005⁶⁴⁴. Este órgano judicial cambió de criterio y lejos de calificar los hechos -como en su día lo hizo el juez instructor- de actos de genocidio, decidió aplicar el artículo 607 *bis* que contempla los crímenes contra la humanidad⁶⁴⁵. La inclusión de este tipo penal en el ordenamiento jurídico español en el año 2004 generó, como se verá, fuertes críticas basadas en sostener la violación del principio de legalidad en el caso *Scilingo*, puesto que los graves hechos que se adjudicaban al presunto sospechoso tan sólo se encontraban recogidos en la costumbre internacional cuando fueron cometidos. No obstante, la Audiencia Nacional no tuvo reparos en afirmar su competencia sobre la base de un tipo penal recientemente incorporado a nuestra legislación, aludiendo a su naturaleza puramente internacional y prescindiendo del dato de que éste no se encontraba previsto en la LOPJ ni en ningún tratado internacional cuando los ilícitos objeto del presente caso tuvieron lugar⁶⁴⁶. Para sustentar esta argumentación la Sala decide analizar tanto la vertiente del Derecho Internacional como la nacional y ello le lleva a afirmar que: «(...) aunque las normas nacionales admitan la competencia jurisdiccional extraterritorial para la persecución penal de un delito acaecido en el territorio de otro Estado (art 23.4 y 5 LOPJ), estimamos que necesita para ser legítima

⁶⁴⁴ *Vid. Supra*. Nota 461. El 19 de abril de 2005, la Audiencia Nacional dicta la primera sentencia condenatoria en el sumario 19/97 que agrupa las causas contra las dictaduras chilena y argentina.

⁶⁴⁵ La Audiencia Nacional optó por un concepto restringido del tipo penal de genocidio. Sin embargo, más adelante, la Sala tratará de mantener lo acertado de la calificación inicial -realizada durante el periodo de instrucción-, enredándose en un complejo y contradictorio razonamiento jurídico difícil de sostener.

⁶⁴⁶ *Vid.* GIL GIL, A., *La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo, RECP, ob. cit.*, pág. 2. Asimismo: *Vid.* GIL GIL, A., "Jurisprudencia española sobre crímenes internacionales", en: ALMQVIST, J., Y ESPÓSITO, C. (coordinadores), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, págs. 191 y ss.

en el ámbito internacional su reconocimiento en dicho espacio⁶⁴⁷».

Así pues, la tardía tipificación del delito de lesa humanidad se erige como el principal obstáculo de la Audiencia a la hora de examinar y juzgar los graves hechos cometidos por el acusado. En otras palabras, el impedimento con el que se encuentra la Sala es que la inclusión del artículo 607 *bis* tiene lugar una vez que Scilingo ha perpetrado los hechos ilícitos. No obstante, este problema queda resuelto cuando la Audiencia Nacional declara que el Derecho Internacional ha regulado y prohibido este tipo de comportamientos por medio de una norma preexistente de *ius cogens* y con efectos *erga omnes*. En este orden, decide traer a colación, *inter alia*, los juicios del Tribunal de Nüremberg, puesto que éstos no se limitaron a juzgar y a condenar simples crímenes de guerra, sino que crearon nuevas categorías de delitos con el objeto de evitar que muchas otras conductas quedaran fuera de su marco competencial. Asimismo, con el objeto de reforzar sus argumentos acude a tratados internacionales posteriores que, a su juicio, otorgan un «plus de taxatividad y de certeza⁶⁴⁸» a los convencionales y consuetudinarios delitos contra la humanidad; produciéndose así, bajo su perspectiva, su "cristalización" en normas escritas.

Partiendo de esta base, coincidimos con CAPELLÀ I ROIG cuando afirma que el artículo 607 *bis*, en opinión de la Audiencia Nacional, integra una serie de «mandatos o prohibiciones *preexistentes* de derecho internacional público y (...) una naturaleza jurídica particular (...)»⁶⁴⁹. Tal es la radicalidad de los atributos que acompañan a dicho precepto que la Sala llega a la conclusión de que procede su aplicación respecto de hechos que ocurrieron con anterioridad a su entrada en vigor. Desde su punto de vista, al artículo 607 *bis* no se le deben aplicar «(...) los principios tradicionales que sí son aplicables a otras normas penales (...)»⁶⁵⁰.

Sobre estas cuestiones, la Audiencia Nacional hace una observación que nos parece del todo interesante en la medida en que afirma que no tiene ningún sentido que la reciente introducción del artículo 607 *bis* del Código Penal opere como un limitador respecto de actuaciones delictivas cometidas en el pasado. En definitiva, la Sala estima

⁶⁴⁷ Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005. En definitiva, la Audiencia Nacional basa su competencia en el reconocimiento de que el crimen de lesa humanidad tiene una vocación internacional.

⁶⁴⁸ Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005.

⁶⁴⁹ *Cfr.* CAPELLÀ I ROIG, M., *ob. cit.*, pág. 1.

⁶⁵⁰ Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005.

que aquél debe erigirse como una herramienta ilimitada de cara a futuras actuaciones judiciales; no razonar de este modo supondría otorgar «(...) un tratamiento diferente al que se reconoce al delito de genocidio, por mucho que el origen de éste esté en un Tratado», lo que, a su juicio, es absolutamente "inadmisible"⁶⁵¹. Al hilo de esta argumentación se deduce la idea de que no aplicar retroactivamente el referido precepto implica atribuir a los crímenes de lesa humanidad un régimen peor en comparación a cuando quedaban enmarcados en una interpretación amplia del genocidio.

Este tipo de consideraciones han sido muy controvertidas, especialmente para los que defienden el carácter firme y férreo del principio de legalidad, que, a nuestro juicio, es el principal problema que subyace en todo este asunto. Por ejemplo, GIL GIL se inclina por entender que la naturaleza de dicho principio impide «apelar a la preexistencia de una costumbre internacional para justificar la aplicación retroactiva de un precepto como ha hecho la AN en este caso⁶⁵²». Para entender mejor el problema conviene analizar el principio de legalidad, cuya formulación más esencial es la siguiente: derecho a no ser condenado por conductas que no han recibido la calificación de delito penal en el momento en el que han sido cometidas. Esta premisa responde a la exigencia contemplada en el artículo 25 de la Constitución española, así como respecto de aquella otra prevista en el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales y en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

CAPELLÀ I ROIG declara que el razonamiento expuesto por la Audiencia Nacional implica una reformulación del clásico principio de legalidad: «(...) [el] principio de legalidad penal *nullum crimen sine lege* se articula como *nullum crimen sine iure* (...) y (...) la tipicidad de los crímenes de Derecho internacional no (...) [está] determinada necesariamente en el orden internacional por su incorporación en textos escritos⁶⁵³». Al hilo de estas consideraciones, el autor citado advierte que el órgano judicial en cuestión ha olvidado o ha querido olvidar la reserva hecha por Argentina en 1986 -momento en el que se aprobó la Ley Punto Final- sobre el artículo 15.2 del Pacto

⁶⁵¹ Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005.

⁶⁵² Cfr. GIL GIL, A., *La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo*, RECPC, ob. cit., pág. 6.

⁶⁵³ Cfr. CAPELLÀ I ROIG, M., ob. cit., pág. 9.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁵⁴. Efectivamente, el país argentino estableció expresamente que dicho precepto quedaba sujeto al principio de legalidad con carácter estricto. Sin embargo, la Audiencia Nacional «propone, en este contexto, una *reinterpretación del principio de legalidad*, teniendo en cuenta el precedente de Nuremberg, donde se consideró que el principio de legalidad formal mediante ley escrita y estricta debía ceder cuando con su aplicación rigurosa y exacta representaría una inmoralidad mayor dejar sin castigo determinadas conductas especialmente atroces⁶⁵⁵». Así pues, parece que el principio de legalidad "cede" ante la comisión de crímenes contra la humanidad; cuestión sobre la que no nos mostramos conformes en la medida en que defendemos su aplicación estricta, puesto que no perseverar en una aplicación firme de los principios y garantías del Estado de Derecho entraña incalculables y grandes riesgos.

Sea como fuere, la Audiencia Nacional se "empeña" en aplicar el tipo penal de de lesa humanidad al caso en cuestión, aunque para ello tenga que acudir a normas internacionales consuetudinarias⁶⁵⁶. No obstante, reconoce que las «(...) normas de derecho penal internacional, en general, (...) por su carácter predominantemente consuetudinario, al menos en sus orígenes, establecen prohibiciones o fijan de manera más o menos clara núcleos de conductas penalmente reprochables, pero sin, normalmente, establecer ni la sanción penal, ni los procedimientos para imponer ésta, ni la jurisdicción encargada de hacerlo, etc...(....)». Esta cuestión no es baladí, ya que la falta de sanción penal en una norma internacional supone la eliminación de un posible efecto *self-executing* y, por lo tanto, la consiguiente imposibilidad de que una norma de semejante naturaleza sea aplicada directamente por un tribunal interno⁶⁵⁷.

Consecuentemente, el reconocimiento por parte de la Sala de que la norma carecía de efectos *self-executing* debió implicar la aplicación escrupulosa y rigurosa de los principios contemplados en nuestro ordenamiento jurídico penal. Sin embargo, como ya hemos visto, la Audiencia no discurrió de este modo. Así, GIL GIL muestra su sorpresa, ya que a pesar de reconocer la Sala la «inaplicabilidad de la norma

⁶⁵⁴ Dicho apartado reza como sigue: «Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional».

⁶⁵⁵ Cfr. CAPELLÀ I ROIG, M., *ob. cit.*, pág. 9.

⁶⁵⁶ Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005.

⁶⁵⁷ Vid. GIL GIL, A., *La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo, REPCP, ob. cit.*, pág. 6.

internacional hasta que se incorpore al ordenamiento interno, argumenta que el mandato o prohibición que la norma interna incorpora existía ya con anterioridad y por tanto su aplicación no sería retroactiva respecto del mandato o prohibición que recoge. Con esta argumentación obvia el tribunal dos problemas fundamentales: el primero el de la taxatividad como requisito de un principio de legalidad férreo propio de nuestro ordenamiento y que la costumbre es incapaz de proporcionar. El segundo el referido al principio de legalidad de las penas⁶⁵⁸». En estas circunstancias, resulta conveniente acudir al Estatuto del TPIY, puesto que durante su elaboración se puso de relieve la duda de si en el seno del Derecho Internacional consuetudinario existían o no disposiciones que reconocieran los crímenes contra la humanidad como tipo independiente de una situación bélica. Ello da más motivos, si cabe, a que se rechace la posibilidad de acogernos -ante este tipo de crímenes- a un carácter laxo del principio de legalidad⁶⁵⁹.

Siendo consciente la Audiencia Nacional de las dificultades que este asunto generaba, decidió apoyarse en el ordenamiento jurídico interno con la intención de averiguar si existía o no una norma penal que pudiera encajar de algún modo con los hechos delictivos que se le imputaban a Scilingo. De esta manera argumentó lo siguiente: «la única tipificación existente de delito contra la humanidad la había constituido el delito de Genocidio previsto en el art. 137 bis, 1º del Código penal de 1973 y en el art. 607 del Código Penal de 1995 a partir de la entrada en vigor de este Código. La falta de regulación concreta de otras figuras de crímenes contra la humanidad existentes en derecho internacional consuetudinario, y a partir de cierto momento también en el convencional, en realidad únicamente podía ser paliada por una interpretación amplia del delito de genocidio⁶⁶⁰». Más adelante, indicó que: «los hechos serían susceptibles también de ser considerados incursos dentro de ese concepto amplio o social de genocidio, ya superado por la más precisa y acorde con el Derecho Internacional actual, pero todavía desplegando vigencia en el momento actual como derecho penal anteriormente existente, no obstante preferirse ahora por el Tribunal,

⁶⁵⁸ Cfr. GIL GIL, A., *La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo*, RECPC, ob. cit., pág. 6.

⁶⁵⁹ *Ibid.* Págs. 7 y ss. Sobre este extremo, GIL GIL trae a colación una intervención de Cherif Bassiouni en la que asegura que éste declaró haber «(...) introducido en la definición del crimen contra la humanidad en el mencionado Estatuto [del TPIY] la necesidad de una relación con la guerra porque no estaba seguro de que existiese una norma internacional consuetudinaria en aquel momento que reconociese el crimen contra la humanidad independiente y el informe del Secretario General había recogido la intención de aplicar sólo Derecho internacional preexistente». *Ibid.* Pág. 7.

⁶⁶⁰ Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005.

desde una perspectiva estrictamente penal, calificarlos como crimen de lesa humanidad según el Código Penal en su redacción vigente⁶⁶¹». Por lo tanto, la argumentación inicial por la que aboga la Sala, que consiste en optar por un concepto restringido de genocidio, se ve desnaturalizada al aplaudir posteriormente la amplia calificación del mismo que en su día llevó a cabo el órgano instructor, ahondando en la idea del concepto social del referido tipo penal, lo que denota poca solidez en la argumentación jurídica que la Sala lleva a cabo en este asunto.

En vista de los razonamientos expuestos en la Sentencia de 19 de abril de 2005, la Audiencia Nacional concluye que es legítima la persecución internacional de los delitos de lesa humanidad al margen de las tradicionales barreras territoriales. En virtud del principio de universalidad todos los Estados se encuentran, a su juicio, perfectamente capacitados para asumir la defensa y la protección de los valores de la comunidad internacional, siendo así que no se producirán grandes «diferencias en cuanto al alcance de la jurisdicción universal para perseguir y sancionar el genocidio y el resto de los crímenes contra la humanidad⁶⁶²». Subrayando el carácter cierto de tales aseveraciones⁶⁶³, conviene hacer referencia al planteamiento de GIL GIL cuando se pregunta de qué modo ha procedido la Sala a afirmar su competencia sobre el tipo penal de crímenes contra la humanidad con base en el principio de justicia universal que tal como estaba redactado en el artículo 23.4 de la LOPJ lo ignoraba. A su modo de ver, la Sala argumenta que dicha competencia viene dada en función del reconocimiento del delito de genocidio, cuya interpretación amplia o estricta se va modulando según las circunstancias, y del delito de terrorismo subsumido en el crimen contra la humanidad, lo que resulta harto discutible⁶⁶⁴. GIL GIL considera que la Sentencia de la Audiencia Nacional no hace referencia alguna a la doctrina del Tribunal Supremo en el asunto *Guatemala*. En su opinión, ésta merecía toda la atención, puesto que determinó que cuando la extensión extraterritorial de la ley penal tenga su base en la naturaleza del

⁶⁶¹ Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005.

⁶⁶² Cfr. SANTOS VARA, J., *La jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala*, REEI, ob. cit., pág. 12.

⁶⁶³ No obstante, hay que tener en cuenta que no existen convenios ni costumbre internacional que obligue a los Estados a asumir dicha competencia. Este argumento es frecuentemente utilizado por los que se oponen frontalmente al contenido de la Sentencia que está siendo objeto de análisis, puesto que en su opinión es la Ley -y no el juez o el magistrado- el que determina el ámbito competencial que tienen nuestros tribunales y, en aquella época, el legislador nada había dicho sobre la posibilidad de perseguir los crímenes contra la humanidad por medio del principio de justicia universal contenido en el artículo 23.4 de la LOPJ. Vid. GIL GIL, A., *La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo*, RECPC, ob. cit., pág. 15.

⁶⁶⁴ *Ibid.* Pág. 10.

delito hay que tomar en consideración la compatibilidad entre el principio de justicia universal y los otros principios de Derecho Internacional en el momento en el que «su proclamación no procede de una fuente reconocida en Derecho internacional, sino que ha sido asumida únicamente por el Derecho interno, como es el caso del genocidio⁶⁶⁵».

Así pues, existen sectores doctrinales que, rechazando los planteamientos de la Audiencia Nacional en el asunto *Scilingo*, consideran -salvo modificación previa de la LOPJ- únicamente posible perseguir los crímenes contra la humanidad por tribunales españoles cuando éstos hayan sido cometidos en territorio español o por nacionales españoles en el extranjero⁶⁶⁶. Otro sector doctrinal, por el contrario, alineándose con el criterio de la Audiencia, argumenta que la persecución de tales delitos gira en torno a la exclusiva naturaleza internacional del mismo, dejando de lado el hecho relativo a que en España el principio de justicia universal no regula los crímenes contra la humanidad, así como el dato relativo a la inexistencia de una norma internacional que obligue a los Estados a perseguir y sancionar tales crímenes cuando se hayan producido en el extranjero y, además, se hayan cometido por extranjeros.

Pese a todo, la Audiencia Nacional estima haber salvado todos los obstáculos, afirmando la aplicación del principio de universalidad en el asunto *Scilingo*. En este sentido declara que el principio de justicia universal queda vacío de contenido cuando se advierte una eficaz actuación de las autoridades territorialmente competentes⁶⁶⁷. Evidentemente, en Argentina, lugar en el que Scilingo perpetró los actos delictivos, "reinaba" un estado de impunidad que, a juicio de la Audiencia Nacional, subsistía incluso en el momento en el que dicho proceso se estaba celebrando, otorgando plena capacidad a los órganos judiciales españoles para conocer y juzgar el caso, especialmente sabiendo que existían múltiples víctimas de nacionalidad española⁶⁶⁸.

Tras el análisis de los puntos más conflictivos de la Sentencia de la Audiencia Nacional en el asunto *Scilingo*, cabe deducir cierta confusión en torno a la figura penal

⁶⁶⁵ Cfr. GIL GIL, A., *La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo*, RECPC, ob. cit., pág. 11.

⁶⁶⁶ Cabría añadir el supuesto relativo a que la víctima encarne alguna de las personalidades que aparecen recogidas en el artículo 23.3 de la LOPJ o sea un funcionario público español en el ejercicio de sus funciones.

⁶⁶⁷ Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005.

⁶⁶⁸ Se hace patente, pues, el esfuerzo de la Audiencia Nacional por justificar, por medio de largas explicaciones, la competencia extraterritorial de los tribunales españoles en relación con los crímenes de lesa humanidad. Vid. SANTOS VARA, J., *La jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala*, REEI, ob. cit., pág. 12.

de los crímenes contra la humanidad y su relación con los principios de legalidad y de irretroactividad. El sector doctrinal que desee denunciar la vulneración de ambos principios en el caso en cuestión puede limitarse a señalar que el primero exige que la pena esté prevista con anterioridad a la comisión del delito (además, puede alegar que la costumbre como fuente del Derecho Penal no cumple con los requerimientos que exige nuestro ordenamiento jurídico); y, con respecto al segundo, bastara con acudir al artículo 2 del Código Penal, el cual establece la imposibilidad de castigar a alguien cuando la conducta en cuestión no se encuentre previamente tipificada, siendo únicamente posible la retroactividad de la norma cuando favorezca al culpable. Sobre esta última cuestión, GIL GIL puntualiza que no se podrá aplicar retroactivamente el artículo 607 *bis*, ya que «el crimen contra la humanidad incorpora un plus de injusto y de pena del que carecen los delitos comunes aplicables a los hechos antes de su incorporación al Código y ni siquiera con la aplicación del genocidio podría haberse llegado a una pena tan alta como la que surge de la aplicación del 607 *bis*»⁶⁶⁹. En líneas generales, para la Audiencia Nacional la solución pasa por «(...) compaginar en lo posible las exigencias derivadas del derecho internacional con las de derecho interno, si bien que (...) de ninguna manera pueden quedar fuera del ámbito de cobertura penal, en definitiva impunes, conductas que si resultan penalmente incardinables en el ámbito del derecho internacional»⁶⁷⁰.

Si la Audiencia Nacional no osó en 1998 traspasar el complejo umbral de los crímenes de lesa humanidad, por el contrario, con el asunto *Scilingo*, decide «apartarse del concepto artificial y restrictivo de Genocidio, y permitir la incorporación de los delitos contra la humanidad en sus expresiones más graves (...)»⁶⁷¹. La argumentación de la que se sirve la Audiencia para fundamentar la competencia de los tribunales españoles se basa en cuatro aspectos fundamentales: a) en el ejercicio del principio de justicia universal conforme al carácter internacional del crimen en cuestión y conforme al interés y la salvaguarda que muestra la comunidad internacional en torno al mismo; b) en el hecho de que en Argentina dicho crimen no hubiera sido perseguido contra el acusado; c) en la existencia de víctimas españolas; y d) en la sujeción del culpable a la

⁶⁶⁹ Cfr. GIL GIL, A., *La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo*, REPC, ob. cit., págs. 9 y 10.

⁶⁷⁰ Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005.

⁶⁷¹ Cfr. SANTOS VARA, J., *La jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala*, REEI, ob. cit., 12.

jurisdicción española⁶⁷². Como se ha visto, orienta gran parte de su argumentación en torno a la estructura jurídica que tienen los crímenes de lesa humanidad de acuerdo con el Derecho Internacional⁶⁷³. Finalmente, el juicio culmina con una Sentencia condenatoria en virtud de la cual Scilingo es penado a seiscientos cuarenta años de prisión por haber asesinado a treinta personas de forma alevosa, así como por la realización de detenciones ilegales y la comisión de actos de torturas⁶⁷⁴. Naturalmente, las reacciones en un sentido y otro, tras el desenlace del proceso, no se hicieron esperar, imperando -a modo de impresión mayoritaria- «el respaldo definitivo de la justicia española a la lucha emprendida entonces contra la impunidad en Argentina (...)»⁶⁷⁵.

En cualquier caso, hay que atender a las valoraciones hechas por los sectores doctrinales disconformes. En opinión de GIL GIL, el razonamiento de la Audiencia Nacional es equivocado porque el Derecho Internacional, si bien es cierto que habilita a los Estados a que asuman competencia jurisdiccional sobre delitos graves en virtud del principio de justicia universal debido al carácter internacional de los mismos, también es cierto que ni los convenios ni la costumbre internacional obligan a aquéllos a

⁶⁷² Vid. CAPELLÀ I ROIG, M., *ob. cit.*, págs. 10 y 11.

⁶⁷³ En opinión de CAPELLÀ I ROIG, ello implicó la aplicación de los siguientes parámetros contemplados en el seno del Derecho Internacional: la imposibilidad de invocar al cargo oficial de los perpetradores, así como la prohibición de alegar la obediencia debida como un modo de quedar exento de responsabilidad. *Ibid.* Pág. 8. A este respecto, la Audiencia Nacional plasma que Scilingo tenía pleno conocimiento de las «(...) ilícitas actividades desarrolladas por el Grupo de Tareas 3.3.2 en la ESMA, que además éstas se incardinaban como una parte más en el plan ideado y ejecutado por las Fuerzas Armadas Argentinas para el establecimiento de un determinado sistema político e ideológico previa eliminación de aquella parte de la población nacional que por motivos políticos, ideológicos o religiosos pudiese representar un obstáculo en tales objetivos». Esta cuestión suponemos que fue abordada principalmente debido al alegato de defensa esgrimido por Scilingo relativo a que se había limitado a seguir órdenes y, sobre este extremo, la Sala opina que «sobre la obediencia debida existe consenso general de que no puede ser validamente invocada como eximente de la responsabilidad penal en la comisión de crímenes contra la humanidad» (Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005).

⁶⁷⁴ Respecto al cálculo de la pena, cabe afirmar que se ha suscitado cierta polémica. GIL GIL proclama su sorpresa al averiguar que se condena a Scilingo por un sólo delito de lesa humanidad junto con la causación de treinta muerte alevosas, detenciones ilegales y torturas, en vez de condenarle por treinta y dos delitos de lesa humanidad. Vid. GIL GIL, A., *La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo, REPC, ob. cit.*, pág. 14 y 15. Según GIL GIL: «La pena establecida, cuya medición me parece correcta, se ha calculado sumando las penas correspondientes a cada uno de los resultados, es decir, apreciando un concurso real de crímenes contra la humanidad, idea absolutamente acertada pero que es contradictoria con la afirmación de que se ha cometido un solo delito de lesa humanidad. Esta última afirmación resulta incompatible además con la doctrina mayoritaria que asigna a los delitos contra la humanidad la protección de bienes jurídicos personalismos fundamentales, siendo esta concepción precisamente la que permite apreciar la consunción de los correspondientes delitos comunes». Cfr. GIL GIL, A., *"La Sentencia de la Audiencia Nacional (...)", ob. cit.*, págs. 14 y 15.

⁶⁷⁵ Cfr. CAPELLÀ I ROIG, M., *ob. cit.*, pág. 1. Hay que tener en cuenta que se trató de un fallo extremadamente relevante en el que no sólo se condenó a una persona ante un tribunal extranjero, sino que además se inculcó por vez primera a un militar por los delitos graves que éste había ocasionado durante el transcurso de una sangrienta dictadura.

asumirla⁶⁷⁶. Considera que es el propio «legislador en la Ley el que determina el ámbito de competencia de los tribunales españoles, no cada tribunal y lo cierto es que hasta el momento el legislador español no ha hecho uso de esa facultad añadiendo este delito [crímenes contra la humanidad] a los perseguibles bajo el principio de universalidad en el art. 23.4 de la LOPJ, aunque sería muy conveniente que lo hiciera⁶⁷⁷».

Es cierto que la Audiencia Nacional basa su competencia sobre un delito que, habiendo sido incluido recientemente en el Código Penal, no se encuentra recogido en el conjunto de supuestos que la Ley española prevé para el ejercicio de la jurisdicción universal. Ésta, aludiendo al carácter internacional del delito, justifica la actuación de los tribunales españoles. Como hemos explicado previamente, no nos extrañamos por la polémica suscitada en torno a la referida Sentencia. En su momento hubo opiniones que denunciaban la excesiva ampliación de nuestros tipos penales, junto con el consiguiente miedo a que se produjera una oleada de nuevas demandas -ante nuestros tribunales- que impidieran que graves ilícitos quedasen sin la correspondiente sanción penal. Todo ello, como era de esperar, ha dado lugar a denuncias de violación de los principios de legalidad e irretroactividad de la Ley Penal española. Según GIL GIL, «(...) los tribunales deben sujetarse estrictamente a la Ley interna. No puede afirmarse que en nuestro país supuestas normas de Derecho penal internacional prevalezcan sobre los derechos y garantías previstas en la Constitución española. Y por otra parte la lucha contra la impunidad no debe hacerse a costa de los principios y garantías esenciales del Estado de Derecho y del Derecho penal moderno, pues una condena conseguida a esta costa no supondría en absoluto un avance para la Justicia sino todo lo contrario⁶⁷⁸».

En todo caso, el carácter simbólico de la Sentencia que comentamos no puede ponerse en duda, ya que supuso la aplicación por vez primera del Derecho Internacional Penal en jurisdicción ordinaria respecto de crímenes reconocidos por la comunidad internacional. En nuestra opinión, lo que realmente lleva a cabo la Audiencia Nacional - y de ahí lo memorable- es la materialización de que los crímenes más graves que atentan y afectan a la totalidad de la comunidad internacional se encuentran recogidos y debidamente tipificados a través de normas consuetudinarias que cuentan -tras pronunciamientos de esta índole- no sólo con un alcance ilimitado, sino que tienen

⁶⁷⁶ Vid. GIL GIL, A., *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales...*, ob. cit., pág. 64

⁶⁷⁷ Ibid. Pág. 65.

⁶⁷⁸ Cfr. GIL GIL, A., *La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo, RECPJ*, ob. cit., pág. 18.

efectos tanto en el plano internacional, como en el interno. En definitiva, a través de esta sentencia los crímenes de lesa humanidad ocupan por primera vez en España la posición que ostentan aquellos otros delitos que recoge el Derecho Internacional como los más relevantes por afectar sensiblemente a los valores e intereses de la comunidad internacional. Algunos autores van más allá y consideran que esta Sentencia supone el desplazamiento de otros crímenes, como el genocidio, que asumen una posición residual⁶⁷⁹. Según CAPELLÀ I ROIG, estamos ante una decisión judicial histórica en la medida en que supone una ruptura con nuestra larga tradición monista en lo que se refiere a la «interpretación del principio de legalidad penal (...) [adaptando] el Derecho español al Derecho internacional penal vigente en materia de represión de crímenes de Derecho internacional, en especial, los crímenes contra la humanidad⁶⁸⁰».

Sea como fuere, la confirmación de Scilingo como culpable de hechos graves por el Tribunal Supremo, en el año 2007, implicó la corroboración de la condena de la Audiencia Nacional en virtud de la cual un militar era penado -a la luz del Derecho Internacional Penal- por ilícitos cometidos más allá de nuestras fronteras. Es más, la pena fue elevada por el Alto Tribunal a mil ochenta y cuatro años de prisión, ya que se fijó una responsabilidad individualizada por cada uno de los crímenes que cometió⁶⁸¹. No hay duda de que, en Argentina, desde que ambas sentencias fueron emitidas, se han producido importantes progresos en la investigación y en la celebración de juicios ventilados con base en los crímenes contra la humanidad.

⁶⁷⁹ Vid. CAPELLÀ I ROIG, M., *ob. cit.*, pág. 13.

⁶⁸⁰ *Ibid.* Pág. 2. Según CAPELLÀ I ROIG se trata de: «(...) una sentencia histórica y coherente que, en el estadio actual de la responsabilidad penal internacional ante los tribunales nacionales, permite comprobar, al fin, los avances jurídicos desarrollados en la última década en la lucha contra la impunidad, que sin una práctica estatal consecuente quedaban en papel mojado. No obstante, el abogado de Scilingo ya ha anunciado que recurrirá la sentencia». *Ibid.* Pág. 13.

⁶⁸¹ La pena fue fijada del siguiente modo: treinta asesinatos que implicaron diecinueve años de cárcel por cada uno de ellos, un delito de detención ilegal con la correspondiente pena de cuatro años de prisión y otros dos cientos cincuenta y cinco delitos en calidad de cómplice que supuso el establecimiento de dos años de encarcelamiento por cada uno de ellos. Vid. YOLDI, J., "El Supremo eleva a 1.084 años de cárcel la condena al represor argentino Adolfo Scilingo", *El País*, 4 de julio de 2007. Documento disponible en: http://www.elpais.com/articulo/espana/Supremo/eleva/1084/anos/carcel/condena/represor/argentino/Adolfo/Scilingo/elpepuesp/20070704elpepunac_11/Tes

b. Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007

Como era de esperar la defensa denunció en casación la incorrecta aplicación del artículo 607 *bis*. Los abogados de Scilingo alegaron que su defendido había sido acusado de cometer un crimen sancionado por el Código Penal español tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003 -cuya vigencia se produjo el 1 de octubre de 2004-, a pesar de que los ilícitos perpetrados habían tenido lugar tiempo atrás. Asimismo, los recurrentes añadieron, *inter alia*, que la Audiencia Nacional se equivocó al acudir al Derecho Internacional consuetudinario para determinar que los crímenes contra la humanidad ya existían.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 1 de octubre de 2007 se centró básicamente en determinar si se había producido o no una vulneración del principio de legalidad en la instancia judicial recurrida⁶⁸². A este respecto, concluyó que los crímenes de lesa humanidad, introducidos en el Código Penal en virtud de la mencionada Ley Orgánica 15/2003, no podían aplicarse a los hechos sucedidos con anterioridad a su entrada en vigor. El Tribunal Supremo admite que dichos crímenes habían sido aceptados anteriormente en Nüremberg y Tokio pero recuerda, no obstante, que la tipificación penal de estas conductas se ha llevado a cabo tradicionalmente por medio del derecho consuetudinario. El problema que se deduce de lo anterior es que el «derecho consuetudinario no proporciona el nivel de precisión en la definición de las conductas delictivas requerida por nuestro ordenamiento jurídico⁶⁸³».

Además, el Alto Tribunal hizo hincapié en que: «los Tribunales españoles no son ni pueden actuar como Tribunales internacionales, solo sujetos a las normas de este carácter y a sus propios estatutos, sino [como] Tribunales internos que deben aplicar su propio ordenamiento. No obtienen su jurisdicción del derecho internacional consuetudinario o convencional, sino, a través del principio democrático, de la Constitución Española y de las leyes aprobadas por el Parlamento⁶⁸⁴». Esta consideración, según GIL GIL, merece todo un aplauso en la medida en que se traduce en la imposibilidad de argumentar que ciertas normas de Derecho Internacional Penal

⁶⁸² Documento disponible en:

<http://www.derechos.org/nizkor/espana/juicial/doc/sentenciats.html>

⁶⁸³ Cfr. SANTOS VARA, J., "Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho Internacional Público en España", REEI, nº 17, 2009, pág. 8. Documento disponible en:

http://www.reei.org/reei17/doc/cronica/cronica_SANTOS_Juan.pdf

⁶⁸⁴ Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007.

priman sobre las garantías y derechos que recoge la propia Constitución española, careciendo de sentido acudir a las normas internacionales para "reducir" la protección que nuestro texto constitucional confiere siempre a los derechos fundamentales⁶⁸⁵.

Así pues, parece que el Tribunal Supremo corrige en este punto a la Audiencia Nacional, ya que deja claro que el principio de legalidad es una garantía fundamental que debe respetarse en todo proceso judicial⁶⁸⁶. Esta argumentación le lleva a concluir que: «(...) el Derecho Internacional consuetudinario no es apto (...) para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los Tribunales españoles⁶⁸⁷». Festejamos, pues, el contenido de esta consideración basada en determinar que la costumbre internacional no puede erigirse como fuente de Derecho Penal, puesto que vulnera el principio de legalidad al no cumplir con importantes garantías formales -que la norma en cuestión obtenga el rango de una ley- ni con otras de carácter material. Precisamente así lo expone VARELA CASTRO en su Voto Particular: «(...) la "costumbre internacional" no es en ningún caso fuente que pueda invocar el poder jurisdiccional del Estado, como título que la habilite para penar».

De todos modos, no hay que olvidar que el Alto Tribunal matiza su argumentación ligeramente y proclama que no se puede decir que «las normas de Derecho Internacional Penal consuetudinario, en cuanto se refieren a los delitos contra el núcleo duro de los Derechos Humanos esenciales, puedan ser ignoradas en la

⁶⁸⁵ Vid. GIL GIL, A., "Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo", en: CUERDA RIEZU, A., y JIMÉNEZ GARCÍA, F. (directores), *Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo, Crímenes internacionales y Derechos fundamentales*, Ed. Tecnos, Madrid, 2009, pág. 400. La autora expone, con acierto, que ante la existencia de dos normas -puesto que la internacional forma parte del ordenamiento jurídico- «(...) cuya jerarquía no se puede discutir, debe concederse prevalencia a la norma -la Constitución- que protege en mayor medida al derecho fundamental». Cfr. GIL GIL, A., *Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo...*, ob. cit., pág. 401.

⁶⁸⁶ Sobre estas cuestiones, el Alto Tribunal afirma que: «la vigencia del principio de legalidad (...) impide, pues, la aplicación directa del derecho Internacional Penal consuetudinario como única norma aplicable al caso. También impide la aplicación del artículo 607 bis como norma penal sustantiva interna por ser posterior a los hechos y no más favorable» (Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007). No hay duda de que se corrige en casación el erróneo criterio de la Audiencia Nacional de arrinconar y reducir el principio de legalidad a su mínima expresión.

⁶⁸⁷ Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007. En este orden, el Tribunal Supremo declara que: «el Derecho Internacional Penal de carácter consuetudinario, que sería aplicable en esta materia, no contiene una descripción de los tipos penales que permita su aplicación directa. No solo porque las conductas no siempre han sido formuladas de igual forma en su descripción típica, sino especialmente porque cuando han sido incorporadas al derecho interno, tampoco han mantenido una total homogeneidad con las normas internacionales preexistentes» (Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007).

interpretación y aplicación de las leyes internas⁶⁸⁸». Sugiere que dichas normas sean tomadas en consideración y, por lo tanto, interpretadas teleológicamente conforme al mandato expreso de proteger con eficacia cualquier lesión que los derechos humanos puedan sufrir.

En cualquier caso, al descartar la falta de aptitud de la costumbre internacional como fuente del Derecho Penal por conculcar el principio de legalidad y, asimismo, al rechazar la aplicación del artículo 607 *bis* del Código Penal por ese mismo motivo y por no ser una norma penal más favorable al reo que otra anterior, el Tribunal Supremo acude -para evitar la impunidad de los hechos que están siendo enjuiciados- a los delitos comunes, como el asesinato y la detención ilegal, para sancionar los graves sucesos cometidos por Scilingo durante la dictadura militar argentina. De esta manera, el Alto Tribunal no tiene más remedio que apoyarse en los correspondientes agravantes que prevé nuestro ordenamiento jurídico en relación con estos delitos comunes, ante la imposibilidad de apoyarse directamente en la figura de los crímenes contra la humanidad, ajenos a nuestra normativa en el momento en el que los graves hechos fueron cometidos. Como es lógico, la reacción de la doctrina no se ha hecho esperar. GIL GIL declara que «ciertamente los delitos contra la humanidad no son otra cosa que delitos contra bienes jurídicos fundamentales que adquieren el carácter de delito internacional al ser cometidos de forma masiva o sistemática con la participación o tolerancia del poder político de *iure* o de facto, siendo esta circunstancia la que supone una mayor gravedad de lo injusto por un aumento del desvalor de la acción por facilitar dicho contexto la comisión del crimen y garantizar en cierta manera la impunidad el delincuente [*sic*]⁶⁸⁹».

Así pues, siendo consciente el Alto Tribunal de la imposibilidad de calificar los hechos bajo el *nomen iuris* "crímenes de lesa humanidad", argumenta que nada le impide referirse a los «(...) delitos de asesinato y detención ilegal, que, por sus circunstancias constituyen internacionalmente, o constituirían según el derecho interno en el momento de la persecución, crímenes contra la Humanidad⁶⁹⁰». A nuestro modo de ver, el Alto Tribunal mantiene la condena fijada en su día por la Audiencia Nacional, aunque se aparta de toda la problemática relativa a los crímenes de lesa humanidad,

⁶⁸⁸ Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007.

⁶⁸⁹ Cfr. GIL GIL, A., *Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo...*, ob. cit., pág. 402.

⁶⁹⁰ Fundamento de Derecho Séptimo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007.

limitándose a hacer referencia a cada uno de los tipos penales en que pueden concretarse tales crímenes, sin darse cuenta de que al hacerlo desmonta el fundamento de su jurisdicción y la afirma por analogía⁶⁹¹. Así, el Voto Particular del magistrado MARCHENA GÓMEZ denuncia la inviabilidad de llevar a cabo una aplicación analógica de la norma procesal contenida en el artículo 23.4 de la LOPJ⁶⁹². Por lo tanto, uno de los puntos "flacos" de esta Sentencia gira en torno al mecanismo de la analogía que emplea el Alto Tribunal que, no hay duda, le sirvió para justificar la persecución de crímenes tipificados recientemente, independientemente de que no se encontraran recogidos en nuestra LOPJ, entendiendo que tal analogía tenía lugar fundamentalmente con el delito de genocidio que sí quedaba previsto en la normativa española.

En definitiva, esta Sentencia es un tanto caótica, ya que tan pronto se aparta del tipo penal de los crímenes contra la humanidad, como expone válidas razones para acogerse a él -por medio del recurso de la analogía- con la intención de no excluir la jurisdicción de los tribunales españoles sobre los hechos imputados a Scilingo. Desde el punto de vista del Tribunal Supremo, si la Ley española es competente sobre los tipos penales de genocidio⁶⁹³ y crímenes de guerra, también lo debería ser para conocer los crímenes contra la humanidad por ser «infracciones esencialmente idénticas en su naturaleza y gravedad, y pertenecientes, todas ellas, al núcleo de los ataques más graves a los Derechos Humanos básicos⁶⁹⁴. A su modo de ver, la incorporación de estos delitos al Código Penal por medio de la Ley Orgánica 15/2003 no puede suponer la limitación de su aplicación a ilícitos cometidos en la actualidad. GIL GIL se muestra comprensiva con el razonamiento expuesto por el Alto Tribunal, pero argumenta que la intervención del legislador *es* -o más bien *era* ya que como se ha anticipado en varias ocasiones el

⁶⁹¹ A este respecto, GIL GIL declara que «(...) las lagunas de nuestro ordenamiento respecto del crimen contra la humanidad no nos pueden llevar a deformar o extender analógicamente otro tipo penal». Cfr. GIL GIL, A., *La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo, RECP, ob. cit.*, pág. 4.

⁶⁹² MARCHENA GÓMEZ dispone en su Voto Particular que: «(...) la analogía es, ante todo, un instrumento técnico para la integración de lagunas jurídicas. Y en el caso que nos ocupa, no existe laguna jurídica que colmar. El legislador ya ha expresado su criterio a la hora de fijar los presupuestos que delimitan el ejercicio de la función jurisdiccional. No existe, en fin, un olvido legislativo necesitado de integración analógica. La inclusión siempre y en todo caso de los delitos de lesa humanidad entre aquellos susceptibles de persecución universal, sólo es posible a partir de una interpretación extensiva contraria a elementales exigencias constitucionales».

⁶⁹³ El Tribunal Supremo determinó que era imposible aplicar el tipo penal del genocidio al caso en cuestión; no entenderlo así «(...) conduciría a la irrelevancia de la inclusión de unos u otros grupos, en contra de lo que resulta del texto, dando lugar a una extensión analógica del tipo en perjuicio del reo, y, por lo tanto, prohibida» (Fundamento de Derecho Décimo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007).

⁶⁹⁴ Fundamento de Derecho Séptimo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007.

panorama actual en torno al principio de universalidad ha cambiado radicalmente- a todas luces necesaria para suplir dichas carencias, sin que la constatación de la pasividad del legislador pueda ser un motivo suficiente para suplir su actuación⁶⁹⁵.

Sea como fuere, el Alto Tribunal continúa con su argumentación y declara que aunque la calificación penal venga dada por delitos comunes, nada impide acudir al principio de justicia universal, puesto que su comisión puede implicar en un determinado contexto que aquéllos reciban la consideración de crímenes contrarios a la humanidad⁶⁹⁶. Ello, en palabras de GIL GIL, puede ser una argumentación «perfectamente asumible, [ya que] una cosa es el tipo y la pena aplicables y otra el elemento típico que permitiría su persecución universal -si estuviera prevista en la ley- aunque no se aplique al reo ese elemento por ser su tipificación en nuestro ordenamiento posterior a los hechos enjuiciados⁶⁹⁷». Obviamente, en un principio nada impide a nuestros tribunales asumir una competencia basada en tipos penales comunes que, a su vez, puedan alcanzar la categoría de crímenes de lesa humanidad cuando el contexto les ha permitido apreciar que sus elementos configuradores se dan en el caso en cuestión. Sin embargo, como apunta GIL GIL, el argumento de la Sentencia carece de toda lógica, puesto que en la coyuntura temporal en la que fue emitida no existía -ni existió nunca- una base legal que permitiese la aplicación del antiguo artículo 23.4 de la LOPJ a delitos comunes previstos en el Código Penal español cuando eran cometidos bajo especiales circunstancias.

⁶⁹⁵ Vid. GIL GIL, A., *Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo...*, ob. cit., págs. 405 y 406. Así pues, se pone en entredicho la extensión extraterritorial de la jurisdicción de nuestros tribunales llevada a cabo a través de la analogía. GIL GIL nos recuerda la idea que tan presente tiene el Tribunal Supremo a este respecto cuando afirma -al final del Fundamento de Derecho Séptimo de su Sentencia- que la misma se encuentra prohibida en el Derecho Penal cuando afecta «(...) exclusivamente al marco sustantivo relativo a la descripción típica y a la punibilidad, sin que afecte a normas procesales u orgánicas». En opinión de GIL GIL, un tribunal no puede en ningún caso -ni con el recurso de la analogía- sustentar y/o justificar su jurisdicción en ámbitos en los que la Ley no le ha concedido competencia de ningún tipo. Vid. GIL GIL, A., *Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo...*, ob. cit., pág. 405 y 406.

⁶⁹⁶ Por lo tanto, aunque a las conductas objeto de enjuiciamiento les son aplicables la tipicidad y la pena propia del asesinato y de la detención ilegal debido a los límites que establece el principio de legalidad, el Tribunal Supremo reconoce que el elemento que justifica la actuación extraterritorial de los tribunales españoles, por medio del principio de justicia universal, es «(...) precisamente la concurrencia en los hechos perseguidos de una serie de circunstancias ajenas al tipo, pero claramente relevantes a estos efectos en cuanto que son las propias de los crímenes contra la Humanidad según el Derecho Internacional Penal consuetudinario ya en el momento de los hechos, coincidentes básicamente con las contempladas en el artículo 607 bis del Código Penal vigente (Fundamento de Derecho Séptimo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007).

⁶⁹⁷ Cfr. GIL GIL, A., *Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo...*, ob. cit., pág. 402.

El Tribunal sigue el curso de sus consideraciones en torno al principio de justicia universal y afirma que dicho principio es "inobjetable" en el momento en el que se encuentra recogido en un convenio internacional o proviene de una resolución de la ONU. Asimismo añade que en el caso de que esto no sea así, habrá que acudir a posibles vínculos nacionales con respecto al Estado que pretende intervenir para que sus actuaciones se encuentren de algún modo justificadas. Sobre este último extremo, el Alto Tribunal puntualiza que, en el asunto en cuestión, no hay duda acerca del cumplimiento de este último requisito y, como consecuencia de todo lo anterior, no puede entender que su alcance -el del principio de universalidad-, en el marco internacional, se vea menoscabado por el mero hecho de que los actos delictivos perpetrados por Scilingo -que afectaron a los valores esenciales de la comunidad internacional- hayan tenido lugar con anterioridad a la aprobación de aquellas normas⁶⁹⁸.

Existen opiniones doctrinales que se oponen a lo expresado por el Alto Tribunal. El Voto Particular emitido por VARELA CASTRO critica la relajada interpretación que hace el Tribunal Supremo en torno al principio de universalidad contenido en el artículo 23.4 de la LOPJ, tachándola de "laxa". Desde su punto de vista: «laxitud es ampliar el ámbito que el legislador diseñó en el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a hechos no comprendidos en el mismo. Los casos de asunción de jurisdicción universal por los tribunales han de seguir pautas de exacta determinación, siguiendo los supuestos tipificados en la norma orgánica⁶⁹⁹».

Pese a las voces discrepantes de algunos de los miembros que componían en aquel momento el Tribunal Supremo, éste finalmente estima parcialmente el recurso de casación, así como el recurso interpuesto por las acusaciones particulares contra la Sentencia dictada el 19 de abril de 2005 por la Audiencia Nacional y, asimismo, casa y anula la misma dictando otra más ajustada a Derecho. De este modo, el mencionado Tribunal falla que: «(...) procede condenar al acusado como autor de treinta delitos de asesinato previstos en el artículo 139.1º a la pena de 19 años de prisión por cada uno de

⁶⁹⁸ A este respecto, el Tribunal Supremo observa que: «(...) la creación de Tribunales por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas demuestra que la inexistencia de una norma que atribuya la jurisdicción con carácter previo al hecho no impide el enjuiciamiento» (Fundamento de Derecho Séptimo de la Sentencia Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007).

⁶⁹⁹ Véase el Voto Particular emitido por VARELA CASTRO en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007.

ellos en atención a la especial gravedad de cada una de las acciones; como autor de un delito de detención ilegal del artículo 163 a la pena de cuatro años de prisión; y como cómplice de 255 delitos de detención ilegal del mismo artículo a la pena de dos años de prisión por cada uno de ellos, todos ellos del Código Penal vigente, que constituyen crímenes contra la Humanidad según el Derecho Internacional Penal». Como puede verse, se produce en casación una modificación del fallo impuesto por la Audiencia Nacional: Scilingo ya no es condenado por delito de torturas aunque sí se le considera cómplice en doscientas cincuenta y cinco detenciones ilegales en la medida en que se ocupaba de preparar los coches encargados de realizar, con su conocimiento, actos abominables. Además, el Tribunal Supremo opta por aplicar a este caso las penas previstas en el Código Penal de 1995 por considerarlo más indulgente, aplicando el límite de 25 años del artículo 76.1.a)⁷⁰⁰.

Tras la condena del Tribunal Supremo y una vez inadmitido el correspondiente recurso ante el Tribunal Constitucional, Scilingo demandó, el 2 de junio de 2009, a España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la actuación de nuestros órganos judiciales. Asimismo, la defensa de Scilingo presentó ante el Tribunal Supremo español un recurso de revisión, cuyo eje argumental consistió en demostrar la existencia de nuevos hechos que ponían de relieve que el ex oficial condenado fue inducido no sólo a declarar en su contra, sino a viajar engañado a España en octubre de 1997.

Sea como fuere, no hay duda acerca de la importancia que tuvo en su día la Sentencia que está siendo objeto de análisis. Ésta no quedó exenta de polémica, ya que al margen de que tuviera como resultado la condena del acusado -lo que suponemos fue

⁷⁰⁰ En torno a la condena impuesta por el Tribunal Supremo, cabría destacar la opinión del magistrado MAZA MARTÍN en su Voto Particular cuando afirma que existe cierta dificultad a la hora de afirmar la probanza de los hechos contenidos en la Sentencia de la Audiencia Nacional, así como la participación del acusado en ellos. Ello preocupa al magistrado, puesto que en función de éstos se establece un tipo de condena u otra. Esta teoría cuenta con sus adeptos y prueba de ello son las afirmaciones de GIL GIL cuando se cuestiona si realmente han existido suficientes pruebas para incriminar debidamente al condenado Scilingo. A su juicio, no se han cumplido con las exigencias «(...) para un razonable enervamiento del derecho a la presunción de inocencia que nuestra Constitución consagra también al recurrente». Cfr. GIL GIL, A., *Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo...*, ob. cit., pág. 404. En su opinión, para castigarle como autor de treinta asesinatos, el Tribunal debió haber probado la directa participación de Scilingo en los mismos y no debió haberle bastado con una declaración autoinculpatoria que, según GIL GIL, es de dudosa credibilidad. Además, considera que para justificar la complicidad de Scilingo en las doscientas cincuenta y cinco detenciones ilegales, el Alto Tribunal debió haber probado que los dos cientos y cincuenta y cinco secuestros se cometieron con vehículos reparados o mantenidos por Scilingo, sabiendo éste -o suponiéndolo al menos- que iban ser utilizados para tal fin. Aún así y en todo caso, GIL GIL admite que es el tribunal el que debe valorar si existe o no prueba suficiente. Vid. GIL GIL, A., *Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo...*, ob. cit., págs. 405 y 405.

ampliamente celebrado por entender que el desenlace de la misma coincidía en gran parte con el sentir popular-, no son pocos los autores que pusieron en entredicho las carencias y/o debilidades de sus razonamientos jurídicos. Una prueba son los sendos y contundentes Votos Particulares que la acompañan. Éstos pusieron en tela de juicio la actuación del Tribunal Supremo; de ellos se desprende que dicho órgano judicial amplió no sólo el ámbito territorial de la Ley Penal española, sino también el marco temporal de las leyes procesales respecto de sucesos que ocurrieron en el pasado⁷⁰¹.

De todos modos, frente a las anteriores opiniones, se han alineado otras en sentido opuesto. Un ejemplo es el Auto de 16 de octubre de 2008 en virtud del cual el juez Garzón, que pretendía investigar la desaparición de miles de españoles durante la larga dictadura franquista, se pronunció acerca de la posible retroactividad de la Ley Penal española en relación con los crímenes contra la humanidad⁷⁰². Dicho Auto trajo a colación dos aspectos fundamentales establecidos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007: la imposibilidad de aplicar el tipo penal de los crímenes contra la humanidad a conductas anteriores a su tipificación; y, en el caso de que dicha tipificación haya tenido lugar, debe existir una transposición expresa en nuestro ordenamiento jurídico para que los tribunales españoles puedan aplicarlo⁷⁰³. De esta manera, el citado juez concluyó que antes de la tipificación llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2003 tales conductas no eran punibles⁷⁰⁴. Sin embargo, la referida Sentencia del Tribunal Supremo -a tenor del Auto mencionado- reconoce la competencia de los tribunales españoles por medio del principio de justicia universal ante un contexto concreto como es el ataque generalizado y sistemático contra una parte de la población civil. Como consecuencia de esta situación, según expone el juez

⁷⁰¹ Véase el Voto Particular emitido por VARELA CASTRO en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007.

⁷⁰² Documento disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/compet.html>

En este sentido, el Auto de la Audiencia Nacional de 16 de octubre de 2008 determinó que los crímenes perpetrados durante ese periodo «(...) tenían ya, en aquella época, la categoría de actos prohibidos por el ius in bello (derecho de la guerra) e integraban la categoría de crímenes contra las Leyes y Costumbres de la Guerra y Leyes de Humanidad» (Fundamento de Derecho Segundo del Auto de la Audiencia Nacional de 16 de octubre de 2008). Asimismo, el Fundamento de Derecho Cuarto del Auto mencionado afirmó que la calificación de los crímenes contra la humanidad tiene su fundamento legal en el artículo 607 *bis* del Código Penal.

⁷⁰³ Fundamento de Derecho Noveno del Auto de la Audiencia Nacional de 16 de octubre de 2008.

⁷⁰⁴ Fundamento de Derecho Noveno del Auto de la Audiencia Nacional de 16 de octubre de 2008: «(...) es sabido que los tribunales españoles no pueden aplicar más penas que las expresamente establecidas para los delitos y, antes de la introducción de los crímenes de lesa humanidad en nuestro Código Penal, no estaba prevista pena alguna para estos crímenes en dicho Código, ni tampoco en tratado o convenio internacional alguno».

instructor, es posible enmarcar la actuación de los tribunales españoles bajo el tipo penal de crímenes contra la humanidad «aunque éstos no estuvieran tipificados como tales en el momento de la comisión de los hechos⁷⁰⁵». Estas afirmaciones implican que tanto en el asunto *Scilingo*, como en el de las víctimas del franquismo, no se ha producido una violación del principio de irretroactividad de las normas penales. SANTOS VARA es de la misma opinión, ya que concluye que, bajo determinadas circunstancias, ciertos hechos pueden adoptar la forma de crímenes contra la humanidad, aunque hayan ocurrido con anterioridad a su correspondiente tipificación normativa y sin que ello implique una vulneración del principio de irretroactividad de las normas penales⁷⁰⁶. Consecuentemente, las opiniones vertidas en torno a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007 son muchas y muy variadas.

A modo de conclusión, cabe hacer una observación que se deduce de todo el asunto *Scilingo*: hubiera sido de gran ayuda que el legislador hubiese incluido el delito de lesa humanidad en el grupo de delitos previsto en el derogado artículo 23.4 de la LOPJ. Ello habría resuelto gran parte de las incógnitas que en su día afectaron -antes de la llegada de la consabida reforma legal de noviembre de 2009- a la definición y al alcance del principio de universalidad⁷⁰⁷. Así, ante tanta confusión, resulta significativa la postura adoptada por el magistrado VARELA CASTRO -plasmadas en su Voto Particular-: constituye una extensión carente de justificación de la jurisdicción española que el Tribunal Supremo haya proclamado su competencia en el asunto *Scilingo*, ya que no existe un título convencional de índole internacional válido que permita realizar semejante extensión, como tampoco existe el debido sustento en el artículo 23 de la LOPJ⁷⁰⁸. No dudamos, pues, de que en aquel momento el revuelo estaba servido entre los que defendían el carácter histórico de semejante decisión, frente a los que denunciaron las múltiples irregularidades que tuvieron lugar desde el comienzo del asunto *Scilingo* hasta su mismísimo final.

⁷⁰⁵ Fundamento de Derecho Noveno del Auto de la Audiencia Nacional de 16 de octubre de 2008.

⁷⁰⁶ Vid. SANTOS VARA, J., *Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho Internacional Público en España*, REEL, ob. cit., pág. 9.

⁷⁰⁷ No obstante, no creemos que el legislador -antes de la llegada de la mencionada reforma de 2009- tuviera en mente subsanar las múltiples carencias que durante años fueron vislumbrándose y denunciándose en torno a nuestra dudosa y en ocasiones poco creíble práctica judicial extraterritorial, ya que en los últimos años se produjeron reformas sobre el artículo 23.4 de la LOPJ que no tuvieron por objeto extender la jurisdicción universal sobre crímenes contra la humanidad. Vid. GIL GIL, A., *Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo...*, ob. cit., pág. 409.

⁷⁰⁸ Véase el Voto Particular emitido por VARELA CASTRO en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007.

2. 4. Otros procesos relevantes

De todo lo anterior se deduce que dos han sido los grandes momentos de la justicia española en la aplicación del controvertido principio de universalidad. Por un lado, con el asunto *Pinochet* se pudieron apreciar los sólidos indicios de un incipiente y progresivo principio de justicia universal que en España, así como en otros muchos países, iba a dar mucho que hablar en los años siguientes; y, por otro lado, con el asunto *Scilingo* se pudo advertir su total y pleno reconocimiento. De todos modos, al margen de estos dos grandes hitos que revolucionaron el panorama jurídico español y también el de terceros Estados, hubo otros casos importantes que se encontraban en pleno proceso de tramitación judicial cuando se produjo la repentina enmienda del artículo 23.4 de la LOPJ. Existió, pues, mucha expectación acerca de cómo serían resueltas las causas abiertas antes de la llegada de la Ley Orgánica 1/2009, cuya entrada en vigor se produjo el 5 de noviembre de 2009.

En este orden de ideas, cabe hacer un pequeño inciso en relación con la naturaleza de la LOPJ, ya que al quedar modificada surgen una serie de interrogantes - aunque a nuestro juicio de fácil solución- en relación con la aplicación temporal de sus disposiciones. Ha de recordarse que en el pasado, cuando comenzó a invocarse el conflictivo artículo 23.4 de la LOPJ por nuestros jueces y magistrados, hubo autores que defendían la naturaleza procesal de la LOPJ, frente a aquellos otros que sostenían su naturaleza penal. Finalmente, se concluyó que la LOPJ tenía un marcado carácter procesal, admitiéndose, por ende, una aplicación retroactiva de la misma⁷⁰⁹. Estas cuestiones trasladadas al nuevo artículo 23.4 de la LOPJ tienen su importancia, puesto que tras su nueva redacción se llega a la conclusión de que resulta aplicable a causas ya abiertas⁷¹⁰. En otras palabras, la redacción de la nueva disposición de la LOPJ resulta válidamente aplicable a los casos surgidos con anterioridad a su entrada en vigor.

Asimismo, cabría plantear otro interrogante en relación con el marco aplicativo de las normas procesales. Se admite, unánimemente, que la ley procesal que debe regir un proceso es aquella que se encuentra vigente en el momento en el que se inician las actuaciones judiciales pertinentes, no aplicándose, por tanto, la normativa procesal

⁷⁰⁹ Ello fue altamente cuestionado, fundamentalmente, en el asunto *Billy Joya*. *Vid. Supra*. 502 y 546.

⁷¹⁰ Por lo tanto, de haberse reconocido la naturaleza penal de las disposiciones previstas en la LOPJ, el nuevo artículo 23.4 de la LOPJ no se hubiera podido aplicar a los casos judiciales abiertos antes de su entrada en vigor.

existente en el momento en el que se cometió el delito o la falta. Ello corresponde a la máxima: *tempus regit actum*. Todo ello nos lleva a plantearnos la siguiente cuestión: ¿es posible entender que los procesos que se encontraban en marcha cuando se produjo la entrada en vigor del nuevo artículo 23.4 estaban abiertos a efectos de considerar que únicamente les resultaría aplicable el viejo precepto de la LOPJ? A nuestro modo de ver, la fase de instrucción -etapa en la que se encuentran los procesos abiertos tras la llegada de la Ley Orgánica 1/2009- no constituye el verdadero comienzo de un juicio. Será necesaria la apertura del juicio oral para entender aplicable la teoría que acaba de ser señalada.

Al margen de las anteriores consideraciones, se ofrece a continuación un breve resumen acerca de todas y cada una de las causas que estaban siendo ventiladas ante la Audiencia Nacional -con base en el principio de universalidad- cuando se produjo la entrada en vigor de la nueva LOPJ. Estas causas son divididas en dos grupos: 1) en el primero rige el principio de universalidad en sentido estricto por no concurrir ningún tipo de interés particular entre el caso en cuestión y los órganos judiciales competentes, salvo la salvaguarda de los intereses de la comunidad internacional; y 2) en el segundo grupo se deducen conexiones relevantes con España que posiblemente permitan, de conformidad con la legislación actual, su continuación ante los cauces normales de la justicia, prescindiendo, por tanto, de una visión estricta o pura de dicho principio.

i. Aplicación del principio de universalidad en sentido *estricto*

a. Tíbet y *Falun Gong*

El Juzgado Central de Instrucción número 2, cuyo titular es Ismael Moreno, se encargó de asumir la causa tibetana reabierta por orden de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de conformidad con la doctrina marcada por el Tribunal Constitucional en el asunto *Guatemala*. Ello tuvo lugar a través del Auto dictado el 10 de enero de 2006 en virtud del cual se determinó la competencia de los tribunales españoles sobre el presunto genocidio perpetrado contra la población tibetana, tras haber revocado otro, de 5 de septiembre de 2005, que había dispuesto su incompetencia⁷¹¹. Así las cosas, el juez instructor acusó al ex presidente del partido comunista chino, Jiang Zemin, así como a Li Peng -antiguo primer ministro durante la represión tibetana- y a otras cinco personas más de haber cometido delitos de genocidio.

De conformidad con lo anterior, el juez Moreno cursó una comisión rogatoria para investigar la represión cometida en Tíbet a partir de 1950, exigiendo las declaraciones de los presuntos responsables entre los que se encontraban Zemin y otros históricos del Partido Comunista. Todos ellos fueron acusados de cometer crímenes contra el pueblo tibetano en la medida en que idearon y ejecutaron la práctica sistemática de actos de tortura, adoptaron medidas destinadas a impedir la reproducción de las mujeres y llevaron a cabo desapariciones, así como ejecuciones arbitrarias durante el periodo comprendido entre 1950 y 1979.

En otro orden, la Audiencia Nacional se encargó de investigar las querellas interpuestas por genocidio y torturas sufridas por los practicantes del movimiento espiritual *Falun Gong*, tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006 que había tenido por objeto admitir a trámite este asunto, revocando el Auto de la Audiencia Nacional de 29 de abril de 2005 que lo inadmitía⁷¹². Tres años después, el 29

⁷¹¹ El Auto de la Audiencia Nacional de 10 de enero de 2006 sostiene que los diversos hechos acaecidos en el Tíbet sobre su población «(...) revisten, prima facie, los caracteres y descripciones enumeradas en el art. 2 ya citado [relativo al Convenio sobre genocidio]» (Fundamento de Derecho Octavo del Auto de la Audiencia Nacional, de 10 de enero de 2006). *Vid. Supra*. Nota 618. En nuestra opinión, la Audiencia Nacional trata de justificar la cabal aplicación del principio de justicia universal, dejando constancia de que el pueblo tibetano no dispone de la más mínima posibilidad para exigir responsabilidades penales ante los tribunales chinos -especialmente si se tiene en cuenta el tiempo transcurrido desde que ocurrieron los ilícitos y el nulo éxito de las actuaciones legales emprendidas por los representantes tibetanos en el gigante asiático-.

⁷¹² *Vid. Supra*. Nota 620.

de abril de 2009, el juez instructor llamó a declarar a tres víctimas directas de los referidos delitos, así como a Wei Jingsheng considerado el "padre de la democracia en China"⁷¹³. Estos nuevos testimonios fueron incorporados a las otras querellas interpuestas contra los acusados Jiang Zemin, Lou Gan, Jia Quinglin (presidente del Comité Nacional del Consejo Consultivo Político del Pueblo Chino), así como contra Wu Guanzheng por su directa participación -desde la década de los 90- en la persecución genocida dirigida contra los miembros del movimiento religioso *Falun Gong*.

Como ya se dijo al examinar el asunto *Guatemala*, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006 generó cierta polémica, puesto que insinuaba al Tribunal Constitucional que se replantea el alcance -en su opinión, desmedido- que había otorgado al principio de universalidad en su Sentencia de 26 de septiembre de 2005⁷¹⁴. Según SANTOS VARA, lejos de conformarse sin más con las decisiones del órgano encargado de proteger y salvaguardar las libertades y derechos de la Constitución española, el Tribunal Supremo analizó -como en el asunto *Guatemala*- una serie de cuestiones no formuladas por los recurrentes⁷¹⁵: el alcance de la jurisdicción universal prevista en el artículo 23.4 de la LOPJ y la exigencia de vínculos adicionales de conexión con intereses nacionales para legitimar la actuación de los tribunales españoles⁷¹⁶. De esta manera, el asunto *Falun Gong* reaviva la vieja controversia suscitada entre los principales órganos judiciales de nuestro país en torno al principio de universalidad.

Sea como fuere, lo que pretende plasmarse como dato relevante es que, en el momento en el que se producía la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2009, existían no uno sino varios procesos abiertos en relación con los graves sucesos acaecidos en Tíbet. Esta modificación legislativa sumió a aquéllos en la más absoluta de las incógnitas, puesto que quedaban modificados los criterios relacionados con el ejercicio

⁷¹³ Información disponible en: <http://casadeltibetbcn.org/blog-noticias/?p=1506#more-1506>

⁷¹⁴ Vid. SANTOS VARA, J., *Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho Internacional Público*, REEI, ob. cit., pág. 3 (en este caso nos referimos a la Crónica 13/2007).

⁷¹⁵ Desde el punto de vista de SANTOS VARA, los recurrentes manifestaron únicamente la imposibilidad de que los hechos objeto del caso pudieran ser perseguidos judicialmente en China y, por lo tanto, demandaron la aplicación de la doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal Constitucional referente al asunto *Guatemala*. Ibid. Pág. 4.

⁷¹⁶ La Sentencia afirma que: «Estos peligrosos abusos [como el forum shopping] son los que actualmente inducen a la comunidad jurídica a reflexionar precisamente sobre la necesidad de requerir "puntos de contacto adicionales", que limiten el alcance del principio» (Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006).

de la jurisdicción extraterritorial. Así pues, el futuro de todos ellos es incierto, aunque todo apunta a que antes o después acabaran archivándose, ya que la reciente reforma de la LOPJ limita su aplicación a supuestos en los que existan víctimas españolas, a que el presunto responsable del delito se encuentre en España o a que exista algún vínculo de conexión relevante con nuestro país. Ello, como se habrá podido comprobar, no sucede en el caso en cuestión.

b. Investigación por genocidio y delitos de lesa humanidad ocurridos en Lhasa (2008)

En este segundo punto hacemos referencia a otro de los casos abiertos en contra de la República Popular China tres días antes de la ceremonia de inauguración, en agosto de 2008, de los Juegos Olímpicos de Pekín. El juez de la Audiencia Nacional, Santiago Pedraz, decidió admitir a trámite una querella contra tres ministros de la República Popular China, dos generales de su ejército y otros tres altos cargos de la controvertida región de Lhasa, producto de la grave represión que tuvo lugar durante el mes de marzo de 2008 contra la población tibetana⁷¹⁷.

Como se ha dicho, durante ese mes de marzo, altos mandos de la República Popular China idearon un sangriento ataque que tuvo como resultado el asesinato de numerosos monjes del monasterio de *Daprun* que, desgraciadamente, se habían unido a una manifestación pacífica con el objeto de reclamar libertad religiosa. Según la querella presentada, hubo cientos de muertos, así como más de mil lesionados graves y cinco mil novecientos setenta y dos detenidos de forma ilegal. El juez Pedraz que investigó los hechos determinó aplicable el artículo 607 *bis* del Código Penal, ya que, a su juicio, aquellos constituían delitos de lesa humanidad.

La apertura de este proceso trajo consigo reiterados elogios por parte de la UE que veía con buenos ojos el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de España⁷¹⁸. Al final, el juez Pedraz decidió, el 26 de febrero de 2010, archivar la causa en la que investigó a ocho responsables del Gobierno chino por los disturbios registrados en Tíbet dos años antes, al considerar que no era competencia de la jurisdicción española⁷¹⁹. Así lo acordó el magistrado -en el Auto mencionado- que se remitió a la reciente reforma de la LOPJ, la cual limita la aplicación del principio de jurisdicción universal a casos en los que existan víctimas de nacionalidad española, a supuestos en los que se advierta la presencia de los responsables del delito en España o a que exista algún vínculo de conexión relevante con nuestro país.

⁷¹⁷ Según el testimonio de varias fundaciones y organizaciones, lo que ahí ocurrió fue una auténtica matanza cometida por las autoridades chinas de forma generalizada y sistemática contra una multitud de tibetanos. *Vid. El País*, 6 de agosto de 2008. Información disponible en:

http://www.elpais.com/articulo/espana/Espana/investiga/crimenes/Tibet/elpepuesp/20080806elpepinac_2/Tes

⁷¹⁸ *Vid. La gran época.com*, 17 de diciembre de 2009. Información disponible en:

<http://www.lagranepoca.com/articles/2009/12/17/3973.html>

⁷¹⁹ Documento disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/chn1.html>

Pedraz señala en el Auto mencionado que la querella interpuesta por el Comité de Apoyo al Tíbet, la Fundación Privada Casa del Tíbet y *Tubten Wahghen Sherpa Sherpa* se presentó con anterioridad a que dicha reforma entrara en vigor y, aún cuando no afectara a la fase de instrucción, sí afectaría al posterior enjuiciamiento, tras constatar que no se daban ninguno de los nuevos requisitos establecidos en el actual artículo 23.4 de la LOPJ. Asimismo, el juez argumenta que el citado artículo exceptúa el caso de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales, pero -desde su perspectiva- no existe ningún tratado o convenio internacional que obligue a nuestro país a juzgar delitos de lesa humanidad ni delitos de genocidio.

Al margen de que se haya producido el archivo de este asunto, conviene destacar que, durante su tramitación, las altas autoridades de la República Popular China obstaculizaron las actuaciones de la Audiencia Nacional, además de exigir en todo momento el cierre definitivo del mismo. En mayo de 2009, la Embajada China en España decidió emitir un comunicado en virtud del cual se instaba a las autoridades españolas a poner fin al proceso judicial iniciado justo antes de comenzar los Juegos Olímpicos, puesto que a tenor de aquél la querella presentada en esta causa se había construido con base en falsos testimonios y tenía por objeto diezmar y torpedear las relaciones entre España y China⁷²⁰. Todo ello no es más que un fiel reflejo de los grandes recelos que el principio de universalidad suele suscitar.

⁷²⁰ Vid. *El País*, 7 de mayo de 2009. Información disponible en: http://www.elpais.com/articulo/espana/China/pide/medidas/efectivas/Audiencia/abandone/caso/Tibet/elpepuesp/20090507elpepunac_11/Tes

c. Bombardeo en Gaza

Ante la fuerte presión ejercida por varias organizaciones de derechos humanos que denunciaron "a gritos" la apertura de un proceso judicial contra Israel por uno de los más sangrientos bombardeos perpetrados en Gaza en el que perecieron unos mil trescientos palestinos, el juez de la Audiencia Nacional, Fernando Andreu, decidió admitir a trámite -mediante Auto de 29 de enero de 2009- una querrela presentada por el Centro Palestino para los Derechos Humanos en relación con el lanzamiento, el 22 de julio de 2002, de una bomba de una tonelada sobre un barrio densamente poblado que tuvo como consecuencia no sólo la muerte del líder de *Hamás*, *Salah Shehadeh*, sino también la de otros catorce civiles (varios menores entre ellos). Este ataque provocó, además, graves lesiones a unas ciento cincuenta personas⁷²¹.

La actuación del juez español implicó al ministro de defensa Benjamín Ben-Eliezer y a otras seis personalidades de alto rango en el gobierno israelí⁷²². Como era de esperar, ello generó las consiguientes críticas por parte del Estado de Israel que se vio afectado por la actuación de nuestros tribunales. Un ejemplo de estas críticas fueron las palabras pronunciadas en su día por su ministro de defensa, Ehud Barak, cuando calificó dicha actuación como algo "alucinante", añadiendo que "cualquiera que califique el asesinato de un terrorista como crimen contra la humanidad está viviendo en un mundo al revés"⁷²³.

Posteriormente, el Pleno de la Sala de la Audiencia Nacional acordó el archivo de la causa por entender que la jurisdicción del Estado de Israel tenía preferencia sobre la española⁷²⁴, a pesar de que el juez instructor consideró que no hubo ninguna investigación en aquel país y que el ataque en cuestión era desproporcionado y afectaba,

⁷²¹ Previamente, el juez Andreu había evacuado en el año 2008 una comisión rogatoria en virtud de la cual se pedía información acerca de una posible investigación de los hechos en Israel.

⁷²² El juez acusa al comandante de las fuerzas aéreas israelíes en el momento del ataque, Dan Halutz, al general del mando sur de las fuerzas de defensa israelíes, Doron Almog, al presidente del Consejo Nacional de Seguridad israelí y asesor nacional de seguridad, Giora Eiland, al secretario militar del ministerio de defensa, Michael Herzog, al jefe del estado mayor, Moshe Ya'alon, y al director del servicio general de seguridad de Israel, Abraham Dichter. *Vid. El País*, 29 de enero de 2009. Información disponible en:

http://www.elpais.com/articulo/espana/Audiencia/investigara/ex/ministro/israeli/bombardeo/Gaza/2002/elpepuesp/20090129elpepunac_7/Tes

⁷²³ Información disponible en: http://www.soitu.es/soitu/2009/01/29/actualidad/1233249925_790007.html

⁷²⁴ Información disponible en:

<http://www.publico.es/espana/235700/audiencia/nacional/archiva/investigacion/ataque/israel/gaza>

Cuatro magistrados en su Voto Particular discreparon y argumentaron que la investigación del Estado israelí nunca culminó con un proceso penal por lo que no era posible aplicar el principio de cosa juzgada.

además, a una parte de la población civil palestina ubicada en un territorio que no pertenecía a Israel. La decisión de la Sala entronca con la opinión de la fiscalía, que había solicitado el archivo provisional del asunto⁷²⁵.

Así pues, a pesar de los intentos por parte del juez de instrucción de seguir adelante, la Audiencia Nacional concluyó mediante Auto el archivo del asunto. Esta decisión al parecer no estaba condicionada por la reforma legal de 2009 que afectó seriamente al contenido del artículo 23.4 de la LOPJ, a pesar de que se hizo pública poco después de que el Congreso la aprobara. Sea como fuere, la reacción por parte del Estado israelí no se hizo esperar. El 15 de octubre de 2009, el presidente de Israel, Simón Peres, transmitía a su homólogo español, José Luis Rodríguez Zapatero, su agradecimiento ante el fin de las actuaciones judiciales españolas sobre este asunto⁷²⁶.

No obstante, la decisión de la Audiencia fue recurrida ante el Tribunal Supremo y todavía ahora se encuentra pendiente de resolución. En cualquier caso, algunas reacciones se han sucedido durante este tiempo en contra de la agresiva y desproporcionada conducta de Israel en territorio palestino. Por un lado, en 2009, la ONU publicó un informe -encargado a una comisión de expertos- denominado *Goldstone Report* en virtud del cual se concluía que Israel había violado las normas internacionales de derechos humanos y, además, se conminaba a la comunidad internacional a aplicar el principio de jurisdicción universal previsto y reconocido en los Convenios de Ginebra de 1948⁷²⁷. Ante dicha situación, Israel envió un informe en

⁷²⁵ La petición del fiscal había sido previamente desestimada por el juez Andreu, el cual argumentaba -en el Auto de 4 de mayo de 2009- que aunque los hechos se estuviesen investigando en Israel, la Convención de Ginebra otorgaba plena competencia a los órganos judiciales españoles debido a la grave naturaleza de los hechos perpetrados que, a su modo de ver, eran susceptibles de recibir la calificación de crímenes de guerra.

⁷²⁶ *Vid.* SANZ, G., "Peres agradece a Zapatero su esfuerzo para evitar el juicio a israelíes en España", *ABC*, 15 de octubre de 2009. Documento disponible en:

<http://www.abc.es/20091015/nacional-asuntos-exteriores/peres-bromea-zapatero-cometio-200910151242.html>

Esta actitud del gobierno de Israel no deja de ser, cuanto menos, paradójica, puesto que si bien se opone frontalmente a que sus ciudadanos sean juzgados por un tercer Estado ante delitos especialmente graves por medio de la aplicación del principio de universalidad, se muestra conforme, por el contrario, en proceder a su aplicación cuando ello le conviene, tal y como sucedió con el asunto *Eichmann*.

⁷²⁷ El informe *Goldstone* hace referencia a la jurisdicción universal en los siguientes términos: «the reliance on universal jurisdiction as an avenue for States to investigate violations of the grave breach provisions of the Geneva Conventions of 1949, prevent impunity and promote international accountability (...) It is necessary that the international community provides for an additional or alternative mechanism of compensation for damage or loss incurred by Palestinians civilians during the military operations». Este documento se encuentra disponible en la página web de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos:

http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/specialsession/9/docs/UNFFMGC_Report.pdf

enero de 2010 a la ONU en el que reconocía la utilización de fósforo blanco en sus ataques contra la zona de Gaza y admitía que dos altos cargos militares habían sido castigados por ello⁷²⁸. Por otro lado, en marzo de 2010 se celebró, en Barcelona, un "juicio" ante el *Tribunal Russell* sobre Palestina en virtud del cual se analizó la actuación y el compromiso de la UE, así como el de sus Estados miembros, en territorio palestino e israelí. Asimismo, se investigó la cuestión relativa a la violación de las normas internacionales y las resoluciones de la ONU por parte del Estado de Israel⁷²⁹.

Estos datos, espigados entre muchos otros, muestran la creciente preocupación y las continuas iniciativas de la comunidad internacional diseñadas a poner fin a los sangrientos y arbitrarios ataques que el Estado israelí ha dirigido y actualmente dirige en contra del pueblo palestino. Frente a estas invitaciones a seguir la vía penal aplicando el principio de justicia universal, España, por el contrario, con la nueva Ley de noviembre de 2009, se aleja de esta posición de compromiso y de defensa de los derechos humanos. Es, en nuestra opinión, una lástima que frente a la tradicional implicación de nuestros tribunales en relación con la persecución de delitos graves, se opte ahora por una vía completamente distinta encaminada a perseguir únicamente los asuntos que puedan presentar vínculos de conexión con España⁷³⁰.

⁷²⁸ Vid. *BBC Mundo*, 1 de febrero de 2010. Documento disponible en:

http://www.bbc.co.uk/mundo/internacional/2010/02/100201_0903_gaza_israel_fosforo_onu_pea.shtml

⁷²⁹ Información disponible en la página web del *Tribunal Russell* sobre Palestina:

<http://tribunalrussell.blog.pangea.org/lang/es/sessio-de-barcelona-sesion-de-barcelona/>

⁷³⁰ Así las cosas, no nos extraña la reciente decisión de la Audiencia Nacional en virtud de la cual no se investigará la muerte de ciento noventa y un niños palestinos como consecuencia de los bombardeos israelíes perpetrados en la franja de Gaza durante la operación *Plomo Fundido* de 2008 y 2009. La denuncia ha sido archivada a comienzos del año 2011 al entender que no hay españoles implicados en los hechos por lo que, conforme a la nueva LOPJ, no es posible abrir la causa en España.

d. Los graves delitos perpetrados por las autoridades marroquíes en el Sáhara Occidental

En septiembre de 2006, se presentaba una querrella ante la Audiencia Nacional dirigida en un principio contra treinta y un marroquíes a los que se responsabilizaba de la desaparición de quinientos cuarenta y dos personas después de que España abandonara el Sáhara Occidental en 1975. En ésta se documentó la muerte por torturas de cincuenta y seis saharauis en prisiones marroquíes y cientos de desapariciones. Un año después, el juez Garzón abrió el procedimiento por genocidio, asesinatos, lesiones y torturas contra el pueblo saharaui, reduciendo a trece el número de imputados ante la imposibilidad de concretar las acusaciones⁷³¹.

La instrucción quedó paralizada tras una comisión rogatoria cursada a Marruecos en octubre de 2008 y que jamás fue tramitada por el país vecino. El magistrado pedía al reino alauí que notificara la querrella a los implicados, preguntando si los hechos habían sido investigados en Marruecos y solicitando datos sobre la identidad de las víctimas.

Recientemente esta causa ha vuelto a cobrar impulso, ya que se ha solicitado a la activista Aminetu Haidar y a trece refugiados saharauis que declaren como testigos en el procedimiento⁷³². No obstante, no somos optimistas en cuanto a la posibilidad de sustentar la competencia española en este asunto a día de hoy, ya que -a comienzos del año 2010- el juez Eloy Velasco rechazó investigar la expulsión de Aminatou Haidar de Marruecos como consecuencia de la entrada en vigor del nuevo artículo 23.4 de la LOPJ, por lo que deducimos que algo muy parecido puede suceder en el caso en cuestión. Así pues, debido a la nueva disposición de la LOPJ, muy difícilmente podrá sostenerse la competencia de nuestros tribunales respecto de los graves hechos ocurridos en el Sáhara Occidental⁷³³.

⁷³¹ Se ha investigado a trece altos responsables o ex responsables de la policía marroquí, entre ellos, a su máxima autoridad, Hosni Bensliman (jefe de la Gendarmería Real), que fue nombrado por el monarca Hassan II en 1985. Sobre Bensliman pesa, además, una orden de detención internacional por su supuesta implicación en el asesinato del opositor Mehdi Ben Barka en 1965.

⁷³² Ha sido el el sustituto del juez Garzón, Pablo Ruz, el que reactivó, en noviembre de 2010, la investigación de este asunto.

⁷³³ No obstante, el hecho de que España ocupara el territorio del Sáhara Occidental durante largos años puede ser motivo suficiente para entender, quizá, que existen lazos o vínculos de unión con nuestro país que, de conformidad con la nueva redacción del precepto 23.4 de la LOPJ, permitan sostener la competencia de nuestros tribunales. Habrá que esperar, pues, al desenlace de este asunto.

ii. Aplicación *no estricta* del principio de universalidad (procesos con conexiones relevantes con España)

a. Genocidio en Ruanda

El juez Andreu, que había admitido a trámite la querrela contra varios dirigentes israelíes, decidió procesar -mediante Auto de 6 de febrero de 2008- a cuarenta militares ruandeses por delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, torturas y terrorismo, cometidos durante la última década del siglo XX y principios del siglo XXI. Estos graves hechos tuvieron lugar como consecuencia del ataque del gobierno tutsi sobre la población hutu que provocó la muerte de más de tres millones de personas; entre las cuales hubo víctimas españolas⁷³⁴.

Este proceso comenzó el 22 de febrero de 2005 cuando las familias de los nueve españoles asesinados o desaparecidos en Ruanda presentaron una demanda ante los tribunales españoles en contra de sesenta y nueve personas, entre las que se encontraba el presidente ruandés Paul Kagame y otras personalidades pertenecientes al *Armée Patriotique Rwandaise* (APR) y a su brazo político el *Front Patriotique Rwandais* (FPR).

El juez Andreu estimó que la APR cometió durante la década de los años 90 multitud de crímenes con la intención de exterminar a la etnia hutu y a todos sus colaboradores en Ruanda y en la República Democrática del Congo. Todo ello llevó al citado juez a tomar declaración a una decena de víctimas y a ordenar la busca y captura de los presuntos responsables.

El Auto de 6 de febrero de 2008 puso de relieve el reconocimiento, por un lado, del principio de universalidad en términos absolutos y, por otro lado, la delimitación de su alcance al quedar exceptuada su aplicación a los supuestos en los que concurra un elemento de inmunidad de jurisdicción y ejecución⁷³⁵. Consecuentemente, el juez de instrucción reconoció que el presidente de Ruanda, Paul Kagame, no podía ser objeto de una investigación, puesto que su condición de presidente le eximía de toda acción penal

⁷³⁴ Conviene aclarar que el TPIR tuvo por objeto sancionar el genocidio y las graves actuaciones cometidas -en Ruanda- entre enero y diciembre de 1994 por la población hutu a la etnia tutsi. Sin embargo, la investigación del juez español engloba un mayor marco temporal y a diferencia del Tribunal anterior se centra en los ataques perpetrados por el gobierno tutsi a la población hutu.

⁷³⁵ Vid. SANTOS VARA, J., *Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho Internacional Público en España*, REEI, ob. cit., págs. 3 y 4.

de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la LOPJ.

De acuerdo con SANTOS VARA, entendemos un tanto extraño que el Auto en cuestión hiciera exclusiva referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo del caso *Guatemala* al examinar la inmunidad del presidente ruandés, ya que aquélla no hace apenas referencia a la misma y, sin embargo, se "recrea" en el desmesurado alcance que se ha dado tradicionalmente en España al principio de universalidad⁷³⁶. A nuestro modo de ver, hubiera sido adecuado acudir directamente al asunto *Yerodia* despachado ante la CIJ⁷³⁷.

Al margen del contenido del referido Auto, hay que recordar que también hubo otros Estados, como Bélgica y Francia, que se implicaron en el asunto del genocidio ruandés con el objeto de investigar las muertes ocurridas entre 1992 y 2002. De hecho, Ruanda rompió relaciones diplomáticas con Francia cuando uno de sus jueces ordenó detener a varias personas cercanas al círculo de Paul Kagame, de etnia tutsi, ante la sospecha de haber participado en la muerte del entonces presidente hutu Juvenal Habyarimana⁷³⁸.

Este tipo de actuaciones judiciales de terceros Estados provocó, en su día, que las altas autoridades ruandesas elevarán, a modo de queja, la cuestión sobre la "injerencia" llevada a cabo por éstos ante la Unión Africana (UA). En el seno de dicha organización se denunció el uso abusivo del principio de justicia universal de ciertos países, argumentando que en muchas ocasiones respondía a una política torticera que vulneraba en gran medida la soberanía de los Estados africanos⁷³⁹. Al hilo de las críticas

⁷³⁶ Vid. SANTOS VARA, J., *Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho Internacional Público en España*, REEL, ob. cit., pág. 4.

⁷³⁷ Como ya se sabe a estas alturas, el asunto *Yerodia* puso de relieve la idea de que la inmunidad de los jefes de estado o de gobierno constituye uno de los límites con los que puede toparse el principio de universalidad. Vid. *Infra*. Capítulo siete.

⁷³⁸ No obstante, muchos afirman que la muerte de Juvenal Habyarimana -en el avión en el que viajaba rumbo a Kigali- fue provocado por extremistas hutus, quienes calcularon que matando a su propio líder tendrían la excusa perfecta para acabar con la población tutsi. Información disponible en:

<http://news.bbc.co.uk/2/hi/8453832.stm>

⁷³⁹ En la sesión ordinaria de la Asamblea de la UA, en Sharm El-Sheikh, del 30 de junio al 1 de julio de 2008 se adoptó una Decisión en la que se afirmó que: «the political nature and abuse of the principle of universal jurisdiction by judges from some non-African States against African leaders, particularly Rwanda, is a clear violation of the sovereignty and territorial integrity of these States (...) those warrants shall not be executed in African Union Member States». Documento disponible en:

http://www.rwandagateway.org/article.php3?id_article=9533

No sólo Ruanda ha sido el blanco de las principales potencias europeas en el ejercicio de la aplicación del principio de universalidad, sino que también países como Sudán, Senegal o República Democrática del Congo se han visto "afectados" por su ejercicio. Sobre nacionales de estos países pesan órdenes internacionales de arresto. Ello lleva a REMIRO BROTONS a afirmar que el principio de persecución

planteadas ante la UA, el ministro de justicia ruandés, Tharcisse Karugarama, calificó la actuación judicial de algunos países europeos de absoluta y disparatada locura⁷⁴⁰. Sin embargo, estas denuncias surgidas como consecuencia de la actuación judicial de algunos países europeos con base en el principio de justicia universal no fueron suficientemente eficaces, ya que los órganos judiciales correspondientes continuaron con su aplicación. Todo ello indica que las críticas parecen tener mayor peso cuando proceden de Estados poderosos como: Israel, Estados Unidos o China. MARTÍN sostiene que las causas abiertas en España contra altos cargos de los mencionados países fueron los verdaderos detonantes del cambio legislativo de la LOPJ⁷⁴¹.

Sea como fuere, es difícil saber qué pasara o cómo terminará el asunto del genocidio ruandés ventilado en España, especialmente tras la reforma legislativa de la LOPJ. No obstante, el hecho de que existan víctimas españolas en el caso en cuestión puede ser motivo suficiente para que los tribunales españoles se arroguen la competencia, puesto que conforme al nuevo artículo 23.4 éstos se encuentran legitimados para actuar si se advierte, por ejemplo, la existencia de damnificados españoles. El principio de universalidad en España se ve mermado, pues, al requerir el cumplimiento de requisitos adicionales para su aplicación.

Así las cosas, da la sensación de que nuestros tribunales se están distanciando de la persecución de los crímenes que asuelan tan violentamente la humanidad, ya que a

universal «(...) se somete a filtros políticos que aseguran su aplicación sólo a los *pobres diablos*». Cfr. REMIRO BROTONS, A., "Derecho y Política en la persecución de los crímenes internacionales en España", en: TAMARIT SUMALLA, J. (coordinador), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2010, pág. 223.

⁷⁴⁰ Información disponible en: http://www.rwandagateway.org/article.php3?id_article=11269

⁷⁴¹ Vid. MARTÍN, V., "Justicia Universal: La nueva dimensión de la Justicia Transicional", FRIDE, febrero, 2010, pág. 9. Documento disponible en: <http://www.fride.org/publicacion/727/justicia-universal-la-nueva-dimension-de-la-justicia-transicional>

Efectivamente, la investigación abierta por la muerte de José Couso, así como por los graves hechos acaecidos en Gaza, impulsaron las críticas de las altas autoridades del gobierno de Estados Unidos y de Israel, las cuales solicitaron, inmediatamente, el cambio de la Ley española. SANTOS VARA afirma que es "curioso" que la limitación en España del alcance de la jurisdicción universal haya tenido lugar precisamente en el momento en el que se planteaban casos que afectaban a ciudadanos de los Estados mencionados. Vid. SANTOS VARA, J., *Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho Internacional Público en España*, REEI, ob. cit., pág. 6.

Todo ello recuerda mucho al caso del ordenamiento jurídico belga que, en un principio, contaba con una legislación amplia en torno al célebre principio de universalidad. No obstante, tras las presiones recibidas por el Estado de Israel cuando se disponía a juzgar a reconocidas personalidades de dicho país, así como de Estados Unidos ante la apertura de causas que afectaban a altos cargos de la administración de George W. Bush -que recordemos amenazó con cambiar la sede de la OTAN a un país distinto-, Bélgica no tuvo más remedio que doblegarse y modificar lo que a los ojos de los mencionados países resultaba un excesivo marco aplicativo del principio de universalidad.

partir de ahora si no concurre un concreto vínculo de unión con España, se verán legalmente incapacitados para intervenir y, por lo tanto, para implicarse en la lucha por una justicia sin fronteras. Este "paso atrás" dado por España contrasta con aquellos otros dados por países como Francia, cuya actuación judicial se encuentra firmemente encaminada a luchar por el fin de la impunidad. El país galo ha admitido que establecerá comisiones especiales de investigación sobre delitos de genocidio y crímenes contra la humanidad cometidos fuera de su territorio⁷⁴². Así pues, mientras que España retrocede en la persecución de crímenes graves, otros países, como Francia, se involucran en una lucha efectiva contra los mismos.

⁷⁴² Información disponible en la página web de *Human Rights Watch*:
<http://www.hrw.org/en/news/2010/05/28/sommet-france-afrique-les-gouvernements-africains-doivent-soutenir-la-justice-pour-q>

b. La muerte en Irak del periodista español José Couso

El periodista español José Couso Permuy y el ucraniano Taras Protsyuk resultaron muertos, el 8 de abril de 2003, tras el ataque llevado a cabo por las fuerzas militares de Estados Unidos en suelo iraquí. Aquel día tres militares norteamericanos abrieron fuego desde su tanque con dirección al Hotel Palestina, situado en Bagdad, donde se encontraban alojados periodistas occidentales. Como consecuencia, un Auto de la Audiencia Nacional, de 19 de octubre de 2005, dictó una orden de busca y captura contra los tres ciudadanos norteamericanos presuntamente responsables de causar la muerte a ambos periodistas con la intención de obtener su extradición⁷⁴³.

No obstante, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional decidió, a través del Auto de 8 de marzo de 2006, archivar las actuaciones, argumentando que fue «un acto de guerra realizado contra un enemigo aparente, erróneamente identificado⁷⁴⁴». Al apreciarse la falta de *dolo* en la muerte del periodista español quedó excluida la jurisdicción de los tribunales españoles y, por consiguiente, la competencia de la Audiencia Nacional. Como se puede comprobar, gran parte de la problemática del presente asunto no tiene que ver tanto con la jurisdicción aplicable (la cual, de algún modo, se presupone ante la existencia de una víctima española), sino con la cuestión relativa a si es posible adjudicar los hechos delictivos a militares norteamericanos. No obstante, en este asunto fue invocado el principio de universalidad.

Así, TORRES BOURSAULT, abogado de la familia Couso, declaró aplicable dicho principio, al entender que la muerte del periodista español era susceptible de ser perseguida por el conjunto de la comunidad internacional por motivos de solidaridad

⁷⁴³ Información disponible en: <http://jurist.law.pitt.edu/paperchase/2005/10/spain-court-urged-to-drop-arrest.php>

A este respecto, el Secretario de Estado, Collin Powell, declaró que el uso de la fuerza por parte de los militares norteamericanos quedaba justificado, ya que actuaron en legítima defensa. Asimismo, determinó que -según sus fuentes de información- el tanque en cuestión estaba siendo atacado por un francotirador alojado dentro del Hotel Palestina. Un informe elaborado por Estados Unidos mostró que los soldados presuntamente culpables de causar la muerte a un ciudadano español y a un ciudadano ucraniano, habían actuado con la debida diligencia. No obstante, el juez Santiago Pedraz estimó que los militares estadounidenses actuaron de forma desproporcionada, puesto que aún en el caso de que hubiera un francotirador en el Hotel Palestina no podía considerarse este hecho como un ataque dirigido en contra del ejército de Estados Unidos. Además, los militares debían saber que periodistas y personas protegidas por la Cuarta Convención de Ginebra se encontraban en dicho Hotel.

⁷⁴⁴ Información disponible en: http://www.josecouso.info/article.php3?id_article=290. Ello también se pondría de manifiesto, posteriormente, en boca del fiscal tras el Auto de 27 de abril de 2007. Documento disponible en: http://www.josecouso.info/IMG/pdf/Recurso_Fiscal2_1_.pdf

internacional⁷⁴⁵. De este modo, denunció que «tras ser reconocida y consolidada, mediante sucesivos y esforzados progresos de la jurisprudencia constitucional y ordinaria (caso *Pinochet*, *Brady*, *Scilingo*, *Guatemala*, *Perú*, *Tíbet*, etc.) la Jurisdicción Penal Universal de los Juzgados y Tribunales españoles por hechos comprendidos en la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, en la Convención contra la Tortura o en el Convenio contra el terrorismo, carecería de sentido que los "crímenes de guerra", definidos en las Convenciones de Ginebra como de persecución universal (...) fueran los únicos que quedasen excluidos de la protección jurisdiccional española (...)»⁷⁴⁶. Así también lo cree GIL GIL cuando afirma que, respecto de los crímenes de guerra, los tribunales españoles tienen competencia en virtud del artículo 23.4 de la LOPJ⁷⁴⁷.

Siguiendo con el curso de las actuaciones judiciales de este caso, el Tribunal Supremo obligó -por medio de su Sentencia número 1240/2006 de 11 de diciembre- a la Audiencia Nacional a reabrir el caso *José Couso*, puesto que a su entender se había producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva⁷⁴⁸.

Debemos señalar que esta Sentencia muestra una vez más las dificultades con las que se topa asiduamente el principio de universalidad en la práctica judicial española. Una prueba de ello es que el Alto Tribunal aludió en la Sentencia citada a la doctrina establecida por él mismo en aquella otra de 23 de febrero de 2003 en virtud de la cual reconocía la existencia de un punto de conexión legítimo para justificar toda extensión extraterritorial de la jurisdicción española⁷⁴⁹. En este orden de ideas, SANTOS VARA reconoce que este tribunal defiende la «conurrencia de un punto de conexión

⁷⁴⁵ Vid. TORRES BOURSALT, L., "La sanción de los crímenes internacionales en los sistemas nacionales y los mecanismos de cooperación", en CUERDA RIEZU, A., y JIMÉNEZ GARCÍA, F. (directores), *Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo, Crímenes internacionales y Derechos fundamentales*, Ed. Tecnos, Madrid, 2009, pág. 259.

⁷⁴⁶ *Ibidem*.

⁷⁴⁷ Vid. GIL GIL, A., *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales...*, *ob. cit.*, pág. 65.

⁷⁴⁸ A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo dictamina que: «(...) aunque es cierto que el Tribunal de instancia ha explicitado la razón por la que ha declarado la falta de jurisdicción de los órganos jurisdiccionales españoles para conocer de los hechos aquí denunciados, al considerarlos penalmente atípicos, por ausencia de dolo (...) es evidente que tal declaración no puede ser hecha sin haber definido previamente el ámbito de la jurisdicción española, atribuyendo a nuestros Tribunales el conocimiento de estos hechos» (Fundamento de Derecho Décimo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2006). Documento disponible en:

http://www.belt.es/jurisprudencia/anterior/seg_col_def_nac/def_nac/pdf/111206_Sent-Seguridad-colectiva.pdf

⁷⁴⁹ Fundamento de Derecho Duodécimo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2006

legitimante con intereses españoles para evitar un ejercicio abusivo de la jurisdicción universal (...). Asimismo, (...) [menciona] las legislaciones de algunos países de nuestro entorno en las que se han introducido restricciones al ejercicio de la jurisdicción universal, en particular Bélgica y Alemania. En definitiva, se trata de una visión que difiere claramente de la mantenida por parte del Tribunal Constitucional [en el asunto *Guatemala*]. Por otra parte, no cabe duda que la razón fundamental que ha llevado al Tribunal Supremo a aceptar la jurisdicción [en este caso] es el hecho de que una de las víctimas fuera de nacionalidad española⁷⁵⁰». Apoyamos las consideraciones de SANTOS VARA cuando afirma que el principio de personalidad pasiva no debe ser traído a colación como medio o forma para fundamentar la actuación de tribunales de terceros Estados cuando se está ante crímenes de especial envergadura, ya que el principio de universalidad goza en sí mismo de la suficiencia necesaria para mostrarse válidamente operativo.

En cualquier caso, el 27 de abril de 2007, se dictó un Auto de procesamiento en contra de las actuaciones del sargento Shawn Gibson, del capitán Philip Woldford y del teniente Philip DeCamp por la muerte de José Couso⁷⁵¹. No obstante, el fiscal interpuso recurso de reforma y subsidiaria de apelación contra dicho Auto por entender que la conducta de los procesados no era ni indiscriminada ni excesiva sino «proporcional y limitada al punto en que se suponía estaban quienes ponían en riesgo a las unidades norteamericanas⁷⁵²». Además, consideró que la muerte de los dos periodistas no podía servir como base para entender que lo sucedido encajaba dentro del apartado primero del artículo 611.1º del Código Penal, ni con aquellas infracciones graves que prevén los artículos 146 y 147 del IV Convenio de Ginebra. Dicho recurso fue desestimado el 25 de mayo de 2007 por el juez Pedraz.

El 13 de mayo de 2008, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó un Auto en virtud del cual se revocaba el procesamiento de los tres militares de Estados Unidos al estimar que no había indicios suficientes para continuar con la investigación⁷⁵³. Sin embargo, el 21 de mayo de 2009, el juez Santiago Pedraz volvía a

⁷⁵⁰ Cfr. SANTOS VARA, J., *Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho Internacional Público en España*, REEL, ob. cit., págs. 6 y 7.

⁷⁵¹ Documento disponible en: http://www.josecouso.info/IMG/pdf/procesamiento_caso.pdf

⁷⁵² Ello corresponde a la Alegación Segunda del fiscal.

⁷⁵³ Documento disponible en: http://www.josecouso.info/IMG/pdf/Audiencia_nacional.pdf

procesar a los militares norteamericanos⁷⁵⁴. Más adelante, el 23 de octubre de 2009, la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó el sobreseimiento provisional del caso. Posteriormente, el Tribunal Supremo ordenó la reapertura del mismo, otorgando al juez de instrucción la facultad de ordenar la busca y captura de los tres militares americanos imputados. Todavía hoy el caso sigue pendiente de resolución⁷⁵⁵.

Sea como fuere, creemos que la entrada en vigor del nuevo artículo 23.4 de la LOPJ no afectara al curso de esta causa, ya que la muerte de un nacional español es motivo suficiente para legitimar la competencia de nuestros órganos judiciales. Como se dijo previamente, este asunto no está estrechamente relacionado con el principio de universalidad entendido como título habilitador de competencia que no requiere condición alguna, salvo la extrema gravedad del ilícito. La nacionalidad española de las víctimas encaja, pues, con el marco aplicativo del principio de personalidad pasiva y si a ello le añadimos que la nueva LOPJ prevé esta circunstancia para activar la aplicación del principio de universalidad, más razón tenemos cuando afirmamos que la supervivencia de este proceso no se verá afectada por esta nueva disposición. En cualquier caso, hay que saber que tener de rival a Estados Unidos en un juicio en el que lo que se pretende es juzgar a tres de sus ciudadanos no constituye una tarea sencilla. Posiblemente es en este punto donde la actuación judicial española pueda verse afectada ante una presión desmesurada del gobierno norteamericano, caracterizado por rechazar abierta y tajantemente una aplicación extraterritorial de leyes domésticas que puedan afectar a sus ciudadanos⁷⁵⁶.

⁷⁵⁴ El juez aseguró (en el Fundamento de Derecho Tercero de su Auto de 21 de mayo de 2009) que antes del ataque al Hotel Palestina el ambiente estaba reposado -tanto que el periodista asesinado miraba tranquilamente por la ventana-, por lo que no es posible admitir la alegación de Estados Unidos de que sus militares actuaron en legítima defensa. Documento disponible en: <http://www.josecouso.info/IMG/pdf/autoprocesamiento2009.pdf>

⁷⁵⁵ El juez español se personó, el 28 de enero de 2011, en el Hotel Palestina de Bagdad para realizar una inspección ocular del escenario donde se registró el ataque que acabó con la vida del periodista español. No obstante, el magistrado de la Audiencia Nacional no pudo realizar la reconstrucción de los hechos desde el punto exacto desde el cual disparó el carro estadounidense porque las autoridades iraquíes alegaron problemas burocráticos y de seguridad.

⁷⁵⁶ *Vid. Supra*. Nota 741.

c. Los vuelos de la Agencia Central de Inteligencia (CIA) y Guantánamo

Al igual que en el caso anterior, la competencia española en el asunto de los vuelos de la CIA no es tan polémica como en otras causas en la medida en que la investigación se centra en los vuelos que la agencia norteamericana llevó a cabo entre 2002 y 2005 con detenidos por terrorismo y que sobrevolaron e hicieron escala en territorio español cuando se encontraban de camino a la prisión situada en la base naval norteamericana de Guantánamo⁷⁵⁷. Siendo esta la situación, el fiscal general del Estado, Cándido Conde-Pumpido, aunque no pudo negar la competencia de los órganos judiciales españoles, no se mostró conforme con el hecho de que fuera la Audiencia Nacional la que investigara la legalidad de los supuestos vuelos, puesto que entendía que esta labor correspondía a los juzgados del lugar en el que los aviones habían efectuado los supuestos aterrizajes. No obstante, el juez de la Audiencia Nacional, Ismael Moreno, se declaró competente para iniciar las oportunas investigaciones.

Posteriormente, en febrero de 2007, el juez Moreno decidió solicitar al Centro Nacional de Inteligencia (CNI) la desclasificación de los expedientes relacionados con el caso, ya que pretendía obtener mayor información sobre la utilización de aeropuertos españoles por parte de la CIA tras la detención de presuntos terroristas en terceros Estados. Su investigación giró en torno, principalmente, a los vuelos Argel-Palma-Skopje (Macedonia) -de 22 de enero de 2004-; Guantánamo-Tenerife-Constanza (Rumania) -de 12 de abril de 2004- y Madrid-Luxor (Egipto) -de 16 de diciembre de 2003-. También se investigaron las supuestas escalas de otros vuelos en los aeropuertos de Málaga, Barcelona, Alicante, Tenerife y Palma de Mallorca⁷⁵⁸.

Dos años después, el Parlamento Europeo reconocía la implicación de los Estados de la UE en dichos vuelos, argumentado que eran responsables política, moral y legalmente en el transporte y detención de los presos que iban de camino a Guantánamo⁷⁵⁹. Actualmente, el asunto ante las autoridades judiciales españolas sigue

⁷⁵⁷ Claudio Fava realizó una investigación, encargada por la Eurocámara, acerca de los vuelos de la CIA en la UE. Su investigación puso de relieve que en España se produjeron hasta un total de ciento veinticinco vuelos operados directa o indirectamente por el referido Centro, de entre los cuales diez hicieron escala en aeropuertos españoles entre 2002 y 2005. Información disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/excep/spacia.html>

⁷⁵⁸ Vid. *El Mundo*, 2 de febrero de 2007. Documento disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2007/02/01/espana/1170313711.html>

⁷⁵⁹ Información disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?language=ES&type=IM-PRESS&reference=20090218IPR49768>

en pleno proceso de tramitación.

El segundo asunto, relacionado con el anterior, se refiere a la causa abierta por el juez Garzón sobre los delitos de torturas cometidos en el centro de detención norteamericano de Guantánamo, así como en otros campos de internamiento de presuntos terroristas sujetos también a control estadounidense. El juez decidió incoar diligencias, el 27 de abril de 2009, tras las denuncias planteadas por Hamed Abderrahman Ahmed, conocido como "el talibán español", Lahcen Ikassrien, Jamiel Abdul Latif al Banna "Abu Anas" y Omar Deghayes en las que declararon haber sido víctimas de crueles y degradantes torturas cometidas por el ejército de Estados Unidos⁷⁶⁰. La decisión de incoar diligencias tuvo lugar después de haber remitido al fiscal una querrella contra seis posibles responsables o ideadores de la creación de la polémica prisión.

El juez Garzón, en su Auto de 27 de abril de 2009, hizo referencia a una Sentencia del Tribunal Supremo en virtud de la cual no sólo absolvía al "talibán español" de un delito de integración en organización terrorista, sino que calificaba el centro de detención de Guantánamo como un «verdadero "limbo" en la comunidad jurídica que queda definida por una multitud de tratados y convenciones firmadas por la comunidad internacional (...)»⁷⁶¹. Además, las torturas contra las cuatro personas anteriormente mencionadas constituían, en opinión del juez, un nuevo supuesto de justicia universal en nuestro país según a) el contenido del derogado artículo 23.4 de la LOPJ, b) la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el asunto *Guatemala* (posteriormente repetida en el asunto *Falun Gong*) y c) la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2006 relativa al caso *José Couso*⁷⁶². Mientras nuestros órganos judiciales se implicaban, una vez más, en la persecución de delitos graves, las autoridades norteamericanas dieron un paso significativo al reconocer los maltratos

De acuerdo con el documento traído a colación, el Parlamento Europeo reconocía que mil doscientos cuarenta y cinco vuelos operados por la CIA habían cruzado el espacio aéreo europeo, haciendo escala algunos en territorio de la UE entre los años 2001 y 2005.

⁷⁶⁰ Vid. *El País*. Documento disponible en:

http://www.elpais.com/elpaismedia/ultimahora/media/200904/29/espana/20090429elpepunac_2_Pes_PD_F.pdf

⁷⁶¹ Fundamento de Derecho Segundo del Auto de la Audiencia Nacional de 27 de abril de 2009. Documento disponible en: http://ccrjustice.org/files/09.04.27_Spanish%20Preliminary%20Decision.pdf

⁷⁶² Fundamento de Derecho Segundo del Auto de la Audiencia Nacional de 27 de abril de 2009.

ejercidos por militares de su propia nacionalidad en Guantánamo⁷⁶³.

En enero de 2010, el juez Garzón al no recibir información alguna acerca de posibles causas abiertas en Estados Unidos ante las supuestas torturas sufridas por los cuatro detenidos en la prisión ilegal de Guantánamo, decidió declararse competente para conocer e investigar el curso de las querellas presentadas por varias asociaciones. Esta decisión fue tomada en un momento en el que ya se había producido la entrada en vigor de la reforma de la LOPJ y, por ende, ya se había producido un importante cambio en la configuración de la justicia universal en España. Así pues, el juez instructor -"amoldándose" al contenido de la nueva LOPJ- asume la competencia del caso argumentado que uno de los prisioneros es ciudadano español y que los otros tres gozan de "un vínculo de conexión relevante con España".

Más adelante, en febrero de 2011, la Sala de la Audiencia Nacional decidió que Lahcen Ikassrien tenía suficiente arraigo en España -pese a no disponer de nacionalidad española- como para personarse en el juicio como víctima. Esta decisión otorga un sólido espaldarazo a la investigación judicial española, independientemente de que la fiscalía se oponga al curso de la misma con motivo de la reforma de la LOPJ. No obstante, el gobierno de Estados Unidos ha enviado, en marzo de 2011, un escrito a la Audiencia Nacional con el propósito de que remita el caso a los tribunales norteamericanos. En dicho escrito se asegura que tanto el Departamento de Justicia como el de Defensa, el Congreso y varios tribunales de Estados Unidos están investigando las torturas perpetradas en Guantánamo, por lo que ya no sería la justicia española la competente.

Sea como fuere, frente a los casos en los que la entrada en vigor del nuevo artículo 23.4 de la LOPJ ha supuesto su archivo o, lo que es lo mismo, el cierre de las correspondientes actuaciones judiciales, ha habido otros asuntos -como éste- que

⁷⁶³ Barack Obama, presidente de Estados Unidos, declaró en relación con el cierre del centro de detención ubicado en Cuba lo siguiente: «(...) we are going to get it done. But part of the challenge [is that there are] (...) a bunch of folks that have been detained, many of whom who may be very dangerous, who have not been put on trial or have not gone through some adjudication». *Cfr.* JOHNSTON, D., Y SAVAGE, C., "Obama Reluctant Into Bush Programs", *New York Times*, 11 de enero de 2009. Documento disponible en: http://www.nytimes.com/2009/01/12/us/politics/12inquire.html?_r=1

Además, aseguraba que frente a las "medidas extraordinarias" que algunos -como Dick Cheney en calidad de ex vice presidente- defendían y justificaban en los interrogatorios, él llega a la conclusión de que actos como el *waterboarding* perpetrados en Guantánamo -práctica que consiste en hacer sentir al detenido que se está ahogando- son verdaderos actos de tortura. *Vid.* JOHNSTON, D., Y SAVAGE, C., *ob. cit.* No obstante, Barack Obama no ha cumplido finalmente con su promesa de cerrar Guantánamo. *Vid. Supra.* Nota 431.

prueban que, a pesar de la reforma legislativa de 2009, aún existe la posibilidad de investigar crímenes que afecten a la comunidad internacional.

d. Las víctimas españolas del Holocausto nazi

El juez de instrucción de la Audiencia Nacional, Ismael Moreno, admitió a trámite, mediante Auto de 17 de julio de 2008⁷⁶⁴, la querella presentada por un superviviente español y familiares de otras cinco víctimas españolas del Holocausto nazi. Consecuentemente, los órganos judiciales españoles investigan a cuatro responsables nazis -Johann Leprich, Anton Tittjung, Josias Kumpf y John Demjanjuk- que desarrollaron su labor como guardias y que pertenecían al conocido Batallón de la Calavera de las SS (SS Totenkopf-Sturmabteilung) por haber cometido delitos de genocidio y de lesa humanidad, entre 1942 y 1945, en los campos de concentración de Mauthausen, Sachsenhausen y Flossenbürg. En dichos campos más de siete mil españoles fueron confinados, de los cuales cuatro mil trescientos murieron.

El Auto de 17 de julio de 2008 se refiere a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003 (asunto *Guatemala*) en la medida en que argumenta que la extraterritorialidad de la Ley Penal española depende de la concurrencia de elementos de conexión entre España y los hechos delictivos que se pretenden juzgar. Así pues, la existencia de víctimas españolas confiere a nuestros tribunales la posibilidad de arrogarse la competencia en este caso. Parece, pues, que el principio de universalidad no cobra aquí tanto protagonismo. De hecho, sobre la base del principio de protección de intereses o de conformidad con el de personalidad pasiva cabría justificar directamente la competencia de nuestros tribunales. Precisamente así lo expresó el Auto de 17 de julio de 2008: «en este caso el establecimiento unilateral de la jurisdicción tiene su sentido y apoyo fundamental, aunque no exclusivo, en la necesidad de proveer a la protección de esos intereses por el Estado nacional⁷⁶⁵».

En cualquier caso, el principio de universalidad sigue siendo gran parte del sustento de la competencia judicial española en este asunto, puesto que tanto el artículo 607 como el 607 bis⁷⁶⁶ del Código Penal se encuentran, tal y como se desprende de los

⁷⁶⁴ Documento disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/klm10.html>

⁷⁶⁵ Hecho Segundo del Auto de la Audiencia Nacional de 17 de julio de 2008.

⁷⁶⁶ Como ya ocurrió en el asunto *Scilingo*, el juez instructor se plantea en este caso si la aplicación de la categoría de los delitos de lesa humanidad resulta aplicable: «La categoría de los crímenes contra la humanidad es una categoría de preexistente en el Derecho Internacional, de origen consuetudinario, que establece la prohibición de actos inhumanos contra la población civil y persecuciones políticas, raciales, religiosas de carácter imperativo, ius cogens, que impone a los Estados una obligación de perseguir y castigar (...) El CP vigente puede aplicarse retrospectivamente a conducta anteriores que ya eran criminales en el momento de cometerse con arreglo a la legalidad penal internacional; es decir, eran criminales porque estaban prohibidas en el derecho consuetudinario internacional en ese época, aunque

razonamientos del juez instructor, estrechamente relacionados con el viejo artículo 23.4 de la LOPJ⁷⁶⁷.

Posteriormente, el 17 de septiembre de 2009, el juez Moreno decretó busca, captura e ingreso en prisión provisional contra Hann Leprich, Anton Tittjunj y Josias Kumpf como cómplices de los delitos de genocidio y lesa humanidad. Demjanjuk no quedó incluido en dicho Auto, ya que fue entregado por Estados Unidos a las autoridades judiciales alemanas⁷⁶⁸. Sin embargo, al día siguiente se libró una comisión rogatoria a la República Federal de Alemania con el objeto de que el órgano de instrucción español fuera informado debidamente acerca de si John Demjanjuk estaba siendo investigado por los hechos a los que nos hemos referido en los párrafos anteriores.

Como ocurría en la anterior causa, aún es pronto para determinar el rumbo -y todavía más el resultado- de las investigaciones judiciales españolas realizadas en torno a los graves crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. No obstante, lo que sí creemos es que la reforma legislativa realizada en 2009 no afectará en exceso al desarrollo de estas actuaciones judiciales, ya que la existencia de víctimas españolas resuelve en gran medida el conflicto que desde entonces se ha planteado relativo a si en los asuntos judiciales que hoy en día se encuentran abiertos existen o no vínculos de unión con intereses españoles lo suficientemente sólidos como para justificar la competencia de nuestros tribunales.

aún no hubieran sido tipificadas en el C.P. español (...) El crimen de lesa humanidad (prohibido por norma de *ius cogens*) es un crimen tipificado en el derecho internacional independientemente que en la legislación interna no exista norma penal prohibitiva como tal» (Hecho Segundo del Auto de la Audiencia Nacional de 17 de julio de 2008).

⁷⁶⁷ Hecho Segundo del Auto de la Audiencia Nacional de 17 de julio de 2008.

⁷⁶⁸ *Vid. Supra*. Nota 380.

e. Los graves crímenes de Guatemala

Este proceso se refiere a los graves crímenes de genocidio, torturas, asesinatos y detenciones ilegales cometidos contra civiles -en su mayoría pertenecientes a la etnia maya- durante el gobierno del dictador Efraín Ríos Montt (1978 a 1986). Este asunto, planteado ante las correspondientes autoridades judiciales españolas en 1999, tuvo por objeto la investigación, en un principio, del incendio provocado el 31 de enero de 1980 en la embajada española de Guatemala. En dicho incendio murieron treinta y siete personas, algunas de las cuales eran españolas. Posteriormente, esta causa fue analizada por distintos órganos judiciales hasta que llegó a las manos de los magistrados del Tribunal Constitucional. Tras su Sentencia de 26 de septiembre de 2005, dicho asunto fue remitido a primera instancia con la intención de que fueran adoptados sus criterios a la hora de analizar los mencionados ilícitos por segunda vez. Así, mediante Auto de 21 de febrero de 2006, la Audiencia Nacional admitió a trámite el referido asunto y unos meses más tarde -el 22 de noviembre de 2006- el juez de instrucción dictó un Auto de extradición contra el general Efraín Ríos Montt y otros presuntos culpables.

Esta causa abierta contra varios ex altos cargos del gobierno guatemalteco no será archivada -previsiblemente- aunque se haya producido la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2009, ya que entre las víctimas de las crueles matanzas ocurridas en Guatemala hay varios españoles por lo que nuestro país ostenta un interés o un vínculo de unión legítimo con los hechos que pretenden enjuiciarse. Además, el 24 de marzo de 2010, se dictó un Auto para acordar la prisión provisional de los acusados por delitos de genocidio, torturas, terrorismo, detenciones ilegales, tras la inoperante e ineficaz comisión rogatoria librada a Guatemala hace ya tiempo⁷⁶⁹.

⁷⁶⁹ Se deduce una falta de voluntad de cooperación por parte de Guatemala en relación con la investigación de los hechos denunciados. Una prueba evidente de ello es que, el 12 de diciembre de 2007, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala denegó las órdenes de extradición solicitadas por España al entender que los hechos delictivos en cuestión debían ser enjuiciados en territorio guatemalteco. Las razones que expone, junto con la omisión a gran parte de los convenios internacionales que contemplan y sancionan delitos graves, nos hace pensar no sólo en la intención por parte de Guatemala de no cooperar en la persecución de los graves hechos, sino que además sugiere cierta idea de impunidad. De hecho, desde que los procesos fueron abiertos en el año 2000 ante las autoridades guatemaltecas no se ha hecho apenas ningún avance. Todo ello ha llevado a muchas organizaciones, como a Amnistía Internacional, a subrayar que la actuación de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala es «(...) una contribución más a la ya casi infranqueable impunidad que impera en Guatemala». Amnistía Internacional expone sus ideas en diciembre de 2007 en un documento titulado: *Fallo inconsistente de la Corte de Constitucionalidad rechaza extradiciones solicitadas por España*. Documento disponible en la página web de Amnistía Internacional:

f. Los crímenes de El Salvador en 1989

En enero de 2009, el juzgado número seis de la Audiencia Nacional decidió admitir a trámite una querrela para investigar a catorce miembros del Ejército de El Salvador por su posible implicación en el asesinato de seis jesuitas -cinco de ellos españoles- y dos de sus empleadas en 1989. A comienzos del año 2010, la Corte Suprema de El Salvador decidió atender a la comisión rogatoria librada por el juez de instrucción Eloy Velasco, quien solicitaba las declaraciones de los catorce imputados. Pocos meses después, el abogado de la acusación popular denunciaba que la Corte Salvadoreña estaba dilatando en exceso el proceso judicial⁷⁷⁰.

Como ya se ha dicho en repetidas ocasiones, la supervivencia y el desenlace de esta causa dependerá de cómo interpreten los magistrados el nuevo contenido de la LOPJ. En este caso, como en el anterior, la presencia de víctimas españolas ayuda en gran medida a que la potestad jurisdiccional española sea ejercitada aún cuando se trate de hechos ocurridos en el extranjero y perpetrados por nacionales no españoles.

<http://www.amnesty.org/es/library/asset/AMR34/026/2007/es/0800e0d0-afec-11dc-b001-5f9481a8353e/amr340262007spa.html>

Según ZAPATERO, el asunto *Guatemala* implica la activación de un «(...) procedimiento que testa los límites del ejercicio de jurisdicción universal en un contexto de voluntad expresa de no cooperar por parte de Guatemala». Cfr. ZAPATERO, P., "Acción judicial lateral en la lucha contra la impunidad", REDI, nº 1, 2008, pág. 345.

⁷⁷⁰ Información disponible en: <http://www.adn.es/lavida/20100313/NWS-0242-Salvador-Abogada-asesinados-jesuitas-proceso.html>

Capítulo quinto:

La reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

«(...) ha de darse la razón a quienes consideran el artículo 23.4 revisado de la LOPJ un paso cómplice en garantizar la impunidad de "amigos" y "conocidos" con los que pueden hacerse negocios⁷⁷¹»

⁷⁷¹ Cfr. REMIRO BROTONS, A., *Obra homenaje al Dr. Santiago Torres...*, ob. cit., pág. 276.

I. Dos hitos importantes en la configuración del actual artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

1. 1. *La Ley Orgánica 18/2003 de Cooperación con la Corte Penal Internacional*

De conformidad con lo expuesto en apartados anteriores, no hay duda de que la LOPJ de 1985 sufrió una gran transformación con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre⁷⁷². Sin embargo, en el presente punto se abordará una reforma previa que fue, de algún modo, el primer revés que sufría el siempre controvertido principio de universalidad contenido tradicionalmente en la disposición normativa 23.4 de la LOPJ. Nos referimos, pues, a la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la CPI, la cual puede interpretarse no sólo como un limitador del reconocido principio, sino también como un aviso de lo que estaba por venir⁷⁷³.

Así, el contenido del artículo 7.2 de la Ley de Cooperación con la CPI establece en relación con graves hechos ocurridos en el extranjero que hayan sido a su vez perpetrados por sujetos de nacionalidad distinta a la española y cuya competencia pueda ser atribuida a la CPI, que los órganos judiciales españoles se abstendrán de abrir cualquier procedimiento, limitándose a informar a la parte acusadora de la posibilidad de acudir a dicha Corte. Consecuentemente, la comisión de crímenes graves susceptibles de entrar en el ámbito competencial de la CPI implica que jueces y fiscales españoles no podrán actuar de oficio.

Evidentemente no nos parece desacertado que el sistema jurisdiccional español ceda frente a un órgano internacional "superior" encargado de ejercitar la jurisdicción penal sobre crímenes internacionales. Ello evita, lógicamente, posibles conflictos o tensiones entre Estados, los cuales pueden sufrir graves amenazas o fuertes presiones como consecuencia de una invocación reiterada del principio de universalidad por parte de sus propios tribunales. No obstante, el principio de complementariedad -formulado en el artículo primero del Estatuto de la CPI- que rige en el marco de las actuaciones de la Corte provoca que su jurisdicción sea contemplada como un mecanismo de

⁷⁷² Vid. *Supra*. Nota 473.

⁷⁷³ Vid. *Supra*. Nota 256.

colaboración y no de exclusión de la jurisdicción nacional⁷⁷⁴. A este respecto, GIL GIL opina que resulta llamativo el hecho de que el «legislador no haya reservado siquiera para la jurisdicción nacional los casos de delitos perseguibles bajo el principio de justicia universal en los que se vean afectados víctimas o intereses españoles (...)»⁷⁷⁵. Si bien creemos entender el porqué de esta crítica, consideramos oportuno decir que ésta no es del todo correcta, puesto que vincula la aplicación del principio de universalidad a la concurrencia de una serie de circunstancias, como son: la presencia de víctimas españolas o la existencia de intereses nacionales. Si ello fuera así, éste quedaría de algún modo adulterado, ya que su verdadera esencia le hace prescindir de toda conexión o requerimiento adicional para resultar operativo (salvo la condición de extrema gravedad de la conducta delictiva). En cualquier caso, la vinculación mediante Ley entre la jurisdicción nacional de un Estado con asuntos en los que puedan apreciarse ciertos intereses con los que identificarse, podía haber sido una posible solución a la que acogerse -independientemente de que ello no se encuentre relacionado con el sentido estricto del principio de universalidad- una vez constituida la Corte, ya que habría permitido a nuestros jueces actuar, al menos, en ciertos asuntos sin la dilación que supone la aplicación del artículo 7.2 y 3 de la Ley Orgánica 18/2003. Alemania, por ejemplo, optó por esta postura⁷⁷⁶.

En este orden, conviene recordar que el artículo 7.3 ofrece soluciones en el caso de que la CPI decida no admitir un asunto⁷⁷⁷. Sin embargo, algunos autores argumentan que esta disposición normativa no resuelve el problema que aquí se está planteando. GIL GIL opina que hubiera sido recomendable establecer un plazo máximo de espera para entender que el fiscal de la Corte ha decidido no abrir un asunto con el objeto de legitimar la actuación judicial española; puntualiza que si ha transcurrido un plazo razonable y el fiscal «no ha procedido siquiera a realizar el examen preliminar destinado a analizar la veracidad de la información a la que se refiere dicho artículo, debería

⁷⁷⁴ Debe tenerse en cuenta, además, que la CPI cuenta con serias limitaciones a la hora de actuar: a) la imposibilidad de conocer hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de su Estatuto; b) su reducido ámbito competencial; c) la existencia de una jurisdicción limitada que vincula únicamente a los Estados que hayan ratificado dicho Estatuto y, por último, d) la posible injerencia del Consejo de Seguridad en relación con cuestiones cruciales para la Corte.

⁷⁷⁵ Cfr. GIL GIL, A., *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales...*, ob. cit., pág. 59.

⁷⁷⁶ En Alemania, la Ley aprobada el 21 de junio de 2002 fue la que estableció las normas y los procedimientos oportunos de cooperación entre los tribunales y las autoridades alemanas competentes con la CPI.

⁷⁷⁷ El artículo dice así: «No obstante, si el Fiscal de la Corte no acordara la apertura de la investigación o la Corte acordara la inadmisibilidad del asunto, la denuncia, querrela o solicitud podrá ser presentada nuevamente ante los órganos correspondientes».

entenderse que los tribunales nacionales recuperan automáticamente la competencia en el entendimiento de que se cumple el requisito establecido en el artículo 7.3 de la LO de Cooperación (...)»⁷⁷⁸. En cualquier caso, esta Ley de Cooperación es, posiblemente, fruto de la delicada experiencia que tuvo el gobierno durante el asunto *Pinochet*, lo que explica sus reticencias a la hora de otorgar un ámbito jurisdiccional generoso a nuestros órganos judiciales sobre graves ilícitos.

1. 2. *La Ley Orgánica 1/2009: su tramitación parlamentaria y los motivos de su aprobación*

Al hilo de las observaciones anteriores, resulta incuestionable el hecho de que la Ley Orgánica 1/2009 ha modificado decisivamente el contenido del artículo 23.4 de la LOPJ. Consiguientemente, abordaremos en este epígrafe el polémico proceso de su tramitación legal, así como los posibles detonantes de su aprobación con el objeto de entender mejor su alcance y significado.

Conforme a lo anterior, debemos destacar que la enmienda sobre el citado precepto fue adoptada "discretamente", evitando la celebración del debate oportuno, a través de la inclusión de una disposición complementaria en un proyecto aparentemente desvinculado de la jurisdicción universal: la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial⁷⁷⁹. No nos sorprende, pues, que gran parte de la doctrina se haya retrotraído al momento de su tramitación parlamentaria para insistir en la malintencionada idea que acompañó a los impulsores de la misma. Así, REMIRO BROTONS afirma que se aprovechó la celebración del debate sobre el Estado de la Nación para promover y adoptar la resolución del 19 de mayo de 2009⁷⁸⁰ -cuyo objeto fue modificar, entre otros, el articulado de la LOPJ- como si se tratara de «una chapuza impuesta por las

⁷⁷⁸ Cfr. GIL GIL, A., *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales...*, ob. cit., pág. 61.

⁷⁷⁹ Vid. PIGRAU SOLÉ, A., "El proceso de restricción del alcance de la jurisdicción universal en España", *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales*, Ed. Oficina de Promoció de la Pau i dels Drets Humans, Barcelona, 2009, pág. 120. En la misma línea, MÁRQUEZ CARRASCO y MARTÍN MARTÍNEZ opinan que la nueva Ley tenía como objetivo reformar los juzgados españoles; no obstante, durante su tramitación se aprovechó la ocasión para restringir la competencia de la Audiencia Nacional. Vid. MÁRQUEZ CARRASCO, C., y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., "El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español: pasado, presente y futuro", AMDI, Vol. XI, 2011, pág. 277.

⁷⁸⁰ Documento disponible en la página web del Congreso de los Diputados:
http://www.congreso.es/docu/tramit/propuestas_aprobadas_DES2009.pdf

circunstancias del momento (...)»⁷⁸¹. Por lo tanto, no hay duda de que la aparición de la Ley Orgánica 1/2009 trajo consigo una fuerte disputa inevitablemente fijada desde el mismo momento de su aparición en escena.

Sea como fuere, adentrándonos en el "oscuro" proceso de la tramitación parlamentaria de aquélla, debemos indicar que surgió como consecuencia de una propuesta planteada en el Congreso de los Diputados por varios grupos parlamentarios. No obstante, hay que dejar claro que no fue felizmente acogida por todos los grupos políticos (por ejemplo: Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds (IU-ICV), Bloque Nacionalista Galego (BNG), Partido Nacionalista Vasco (PNV) y Esquerra Republicana de Catalunya (ERC) mostraron abiertamente su rechazo para con ella⁷⁸²) ni por aquellas organizaciones que tenían en mente una incondicional defensa de los derechos humanos. Es más, los referidos grupos parlamentarios junto con algunas asociaciones y organizaciones encargadas de la defensa de los derechos humanos, publicaron -a principios de junio de 2009- un manifiesto en contra de dicha reforma en la que se decía lo siguiente: «El principio de justicia universal es una conquista irrenunciable de toda sociedad democrática y un avance decisivo en la defensa de los Derechos Humanos universalmente reconocidos en una sociedad global (...). España, país pionero y referente en el desarrollo y aplicación de este principio, debe sentirse orgullosa de la asunción por sus tribunales de la universalidad de su jurisdicción penal como expresión de su compromiso solidario con el carácter universal de los Derechos Humanos y de la lucha frente a la impunidad de los más graves crímenes, contribuyendo así a la defensa del derecho de sus víctimas a la verdad, la justicia y la reparación (...)»⁷⁸³.

A pesar de estas movilizaciones, el Pleno del Congreso aprobó el 25 de junio de 2009, por amplia mayoría (trescientos cincuenta y nueve votos a favor, ocho en contra y tan sólo una abstención), la reforma legal que tenía como objetivo fundamental limitar

⁷⁸¹ Cfr. REMIRO BROTONS, A., *Crímenes internacionales, jueces estatales, EPE, ob. cit.* Las circunstancias a las que se refiere el autor son los polémicos procesos que se encontraban abiertos -con fundamento legal en el viejo precepto de la LOPJ- en el momento en el que dicha reforma comenzó a tramitarse y que, de algún modo, con su entrada en vigor quedaron abruptamente paralizados.

⁷⁸² El portavoz de ERC, Joan Ridaó, lamentaba esta situación, así como Gaspar Llamazares, dirigente político de IU, quien puso de relieve la triste situación a la que queda abocada la justicia universal: «hoy es un día triste para las víctimas y para las palomas, hoy sólo brindarán con champán los halcones de Guantánamo o de Gaza». Cfr. *El Mundo*, 26 de junio de 2009. Información disponible en:

<http://www.elmundo.es/elmundo/2009/06/25/espana/1245937500.html>

⁷⁸³ Documento disponible en: <http://www.fundacionpdh.org/lesahumanidad/justiciauniversal-manifiesto-reforma-2009.htm>

la actuación de la Audiencia Nacional en todos los asuntos vinculados con el principio de jurisdicción universal. Posteriormente, el 7 de octubre de 2009, la Cámara Alta mostraba su consentimiento a la reforma legal planteada con una contundente mayoría de doscientos treinta y tres votos a favor y tan sólo nueve en contra. Una semana después, el 15 de octubre, se remitió el texto al Congreso para que la reforma en cuestión fuera finalmente aprobada (trescientos diecisiete votos a favor y once en contra), quedando incluida en el proyecto de Ley Orgánica relativo a la implantación de la nueva Oficina judicial⁷⁸⁴.

Como era de esperar, muchas fueron las críticas vertidas una vez analizado el texto aprobado por nuestras Cortes. A estos efectos, REMIRO BROTONS denuncia lo siguiente: «aunque se expresa como objetivo formal de la enmienda “adaptar y clarificar el precepto (del artículo 23.4 de la LOPJ) de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, la verdad es que se abandona la doctrina del Constitucional para asumir sustancialmente las posiciones que triunfaron en la interpretación *contra legem* del Supremo [en su sentencia de 25 de febrero de 2003]⁷⁸⁵».

Al hilo de la crítica anterior resulta oportuno traer a colación la de ALONSO-CUEVILLAS SAYROL en virtud de la cual subraya que el verdadero objetivo de la reforma consistió en «poner coto a la actuación de alguno de los más mediáticos de nuestros jueces, cuyas instrucciones han provocado más de un quebradero de cabeza al Gobierno y la diplomacia españolas⁷⁸⁶». A su modo de ver, dicha limitación tiene lugar por medio de la "positivación" del principio de subsidiariedad conforme al cual no sólo se exige un vínculo de unión relevante con España, sino que además se determina el sobreseimiento de un juicio cuando existan notorias evidencias de que se está celebrando un proceso sobre los mismos hechos delictivos ante un tribunal penal internacional o ante un tribunal nacional competente conforme a reconocidos títulos jurisdiccionales⁷⁸⁷.

⁷⁸⁴ Vid. REMIRO BROTONS, A., *Obra homenaje al Dr. Santiago Torres...*, ob. cit., pág. 270.

⁷⁸⁵ Cfr. REMIRO BROTONS, A., *Crímenes internacionales, jueces estatales*, EPE, ob. cit.

⁷⁸⁶ Cfr. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., "La Reforma Procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial", IURIS, nº 137 (abril), 2009. Documento disponible en: http://www.alonso-cuevillas.org/uploads/2/1/3/9/2139774/la_reforma_procesal_para_la_implantacin_de_la_nueva_oficina_judicial.pdf

⁷⁸⁷ *Ibidem*. En estas circunstancias, GÓMEZ BENÍTEZ pone de relieve la sutil intención por parte del gobierno de modificar nuestro ordenamiento jurídico procesal al analizar no sólo los recientes cambios que introduce la Ley Orgánica 1/2009, sino también aquellas otras iniciativas que de adoptarse incidirían inevitablemente sobre el principio de justicia universal. Una de éstas corresponde a la prohibición de

Siguiendo con el mismo tono crítico que subyace al contenido de la citada enmienda, otros autores han proclamado no sólo la falta de transparencia que tuvo lugar durante su tramitación parlamentaria, sino que además han denunciado el hecho de que la misma se encuentra vinculada a la aprobación de la Ley 25/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y se amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura⁷⁸⁸. En opinión de éstos, esta Ley -también conocida como Ley de Memoria Histórica- no salva los obstáculos que impiden a día de hoy la aplicación del Derecho Penal Internacional a favor de las víctimas de la guerra civil española. Ello se debe a la legitimidad de las leyes franquistas producto de la vigencia, fundamentalmente, de la Ley de Amnistía de 1977⁷⁸⁹. Desde la perspectiva de esta corriente doctrinal, esta situación es insostenible, puesto que si España, a través de sus leyes, veta el acceso de la justicia a las víctimas españolas, no es de recibo que, por el contrario, se proclamen nuestros órganos judiciales competentes para conocer y juzgar graves crímenes acontecidos en el extranjero⁷⁹⁰. En este orden de ideas, quizá, no resulte tan descabellado afirmar que un posible detonante de la comentada reforma sea la candente cuestión del franquismo.

A este respecto, debemos destacar el Auto de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2008 en virtud del cual rechazó -de conformidad con el artículo 65 de la LOPJ⁷⁹¹- su competencia para investigar los crímenes ocurridos durante la Guerra Civil y el franquismo, remitiendo lo asuntos a los juzgados de instrucción de la localidad

actuación de la acusación popular. Consecuentemente, este tipo de medidas niegan el acceso de algunas víctimas al sistema judicial español -que a pesar de serlo podrían no verse legitimadas a actuar ante nuestras autoridades judiciales por no reunir los requisitos que exige el nuevo artículo 23.4 de la LOPJ-, así como el impracticable acceso de aquellas otras personas que, no estando directamente afectadas por la comisión de delitos graves, desean intervenir en un juicio para procurar una posible aportación al mismo o bien para promoverlo a través de la acusación popular. *Vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., "Jurisdicción Universal", *El País*, 23 de abril de 2009. Documento disponible en:

http://www.elpais.com/articulo/espana/Jurisdiccion/universal/elpepiesp/20090523elpepinac_19/Tes

Todo ello nos lleva a concluir que actualmente se está produciendo una profunda transformación en nuestro sistema procesal penal que afecta a la justicia universal y que además proviene de distintos flancos. *Vid.* *El País*, 22 de abril de 2010. Información disponible en:

http://www.elpais.com/articulo/espana/Gobierno/apuesta/recortar/papel/acusacion/popular/causa/Falange/Garzon/elpepuesp/20100422elpepunac_3/Tes

⁷⁸⁸ Documento disponible en:

http://leymemoria.mjusticia.es/paginas/es/ley_memoria.html

⁷⁸⁹ Documento disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/146-1977.html

⁷⁹⁰ A estos efectos, consúltese la entrevista mantenida por DIONIS, presidente del Equipo Nizkor, en la que sostiene que la reciente limitación de la jurisdicción universal era una cuestión inevitable y, en cierto modo, previsible. Documento disponible en: <http://www.radionizkor.org/editorial/gdd5.mp3>

⁷⁹¹ La Audiencia Nacional -conforme al mencionado artículo- sólo tiene competencia en materia penal sobre delitos contra la Corona, delitos monetarios, delitos contra la seguridad del tráfico mercantil cuando afecten al territorio de más de una audiencia, delitos de tráfico de drogas, terrorismo y crímenes graves contra los derechos humanos cuando hayan sido cometidos fuera del territorio español.

correspondiente⁷⁹². Al margen de que sea acogido favorablemente o no el planteamiento de este órgano judicial⁷⁹³, hay que tener en cuenta que los graves hechos ocurridos durante aquel aciago periodo podría llevarnos a afirmar que tienen perfecta cabida en el complejo marco de actuación del principio de justicia universal y, por ende, cabría plantear la siguiente cuestión: ¿Cómo es posible que la Audiencia Nacional pueda juzgar graves crímenes ocurridos en el extranjero, lejos de nuestras fronteras, y, por el contrario, no tenga capacidad para juzgar aquellos otros que tuvieron lugar en nuestro propio territorio? En este sentido, no hay que olvidar que desde el asunto *Pinochet* muchos han sido los países que han criticado que España no hiciera respecto a sus propios crímenes lo mismo que con tanto ímpetu llevaba a cabo en el extranjero en relación con ilícitos graves. Así pues, el espíritu de la reforma de la LOPJ puede ir también en este sentido; es decir, si los crímenes ocurridos durante la Guerra Civil española y el franquismo no son cuestiones debidamente investigadas en nuestro país, ¿cómo es posible defender una correcta aplicación extraterritorial de la Ley Penal española? De algún modo, se trata de una situación no muy coherente y difícilmente sostenible a largo plazo⁷⁹⁴.

⁷⁹² Este Auto contó con el voto discrepante de tres magistrados, los cuales se mostraron partidarios en sostener la competencia de la Audiencia Nacional en la investigación de los crímenes del franquismo. Este documento se encuentra disponible en:

http://www.infoprisión.com/files/2008-12-4_Auto_resuelve_competencia_sobre_investigación_Memoria_Histórica.pdf

⁷⁹³ VICENTE MÁRQUEZ y MORENO PÉREZ nos recuerdan que no todos los órganos judiciales de nuestro país aceptaron la inhibición de la Audiencia Nacional en el asunto del franquismo: «(...) dos Juzgados territoriales (de Granada y de San Lorenzo de El Escorial) no aceptaron la inhibición de la Audiencia Nacional considerando que los crímenes denunciados deben ser investigados en dicha sede judicial. El de El Escorial venía a aceptar la calificación de los delitos hecha por el instructor central, y ha afirmado que si bien el artículo 23.4 de la LOPJ no establece de forma expresa la jurisdicción española para perseguir estos delitos en España “debemos considerar que tal delito también es perseguible en España y por la Audiencia Nacional en fase de enjuiciamiento (...)” estableciendo que “todos los actos delictivos (detenciones, secuestros, asesinatos, torturas) estaban encuadrados y dirigidos para el mismo fin, es decir, para subvertir el orden constitucional y el poder legítimamente constituido, por lo que no se puede admitir una competencia para instruir de forma sesgada unas concretas detenciones ilegales sin dar razón del paradero ocurridas en el partido judicial de San Lorenzo de El Escorial, independiente del resto de hechos delictivos cometidos a nivel nacional (...)”». Cfr. VICENTE MÁRQUEZ, L., Y MORENO PÉREZ, A., “Crímenes del franquismo: lo que hay que hacer para que no haya justicia”, *Rebelión*, 23 de enero de 2010. Documento disponible en: <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=99201>

No obstante, otros autores, como GIL GIL, determinan que la Audiencia Nacional no es competente para conocer y juzgar los graves delitos cometidos durante el franquismo y la guerra civil, independientemente de que los jueces asignen a los mismos la calificación de crímenes contra la humanidad, ya que sólo lo serían si se hubiesen cometido en el extranjero. Vid. GIL GIL, A., “Adenda. Comentario al Auto del juez Garzón de 16 de octubre de 2008”, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Ed. Atelier, Barcelona, 2009, pág. 158.

⁷⁹⁴ En relación con esta cuestión, resulta conveniente tomar en consideración el Auto de 26 de mayo de 2009 del Tribunal Supremo en virtud del cual se aceptó a trámite una querrela criminal por presunto delito de prevaricación contra el juez Garzón. Si bien este asunto no afecta propiamente al objeto de nuestro

Sea como fuere, de lo que no cabe duda es que esta reforma implica -como ya se verá en los epígrafes siguientes- una restricción del principio de jurisdicción universal y, a su vez, la asunción de una posición diferente en relación con los preceptos establecidos por el Derecho Internacional consuetudinario en torno a los crímenes que más gravemente afectan a la humanidad, así como respecto de los convenios internacionales de los que España es parte. Además, ésta se separa de la posición mantenida por nuestro Tribunal Constitucional en el asunto *Guatemala*, cuando argumentaba que el ejercicio de la jurisdicción universal prescindía de toda conexión relevante con España a la hora de juzgar crímenes en el extranjero. De esta forma es evidente que el Ejecutivo, arropado por la mayoría de grupos parlamentarios del Congreso de los Diputados, se distancia de los principios que forman parte de la loable voluntad de no dejar impune los delitos más graves que asuelan nuestro planeta y que con tanto ahínco defendió el citado tribunal en el año 2005. A mayor abundamiento, el método que se siguió para su aprobación -caracterizado por la ausencia total de un

estudio, sí resulta interesante observar que la querella planteada por dos entidades de extrema derecha (Manos Limpias y Falange Española de las JONS) insistió en el error del citado juez de establecer una equivalencia entre los crímenes franquistas y los crímenes contra la humanidad. En estos momentos le corresponde al Tribunal Supremo analizar la cuestión acerca de si el juez Garzón (suspendido en sus funciones no sólo por esta causa) carece o, por el contrario, dispone de competencia para investigar estos ilícitos. En estas circunstancias, es posible que decida rechazar la aplicación de la tipificación penal de crímenes contra la humanidad a los delitos cometidos por el régimen de la dictadura franquista. Si ello es así, es probable que el Alto Tribunal examine el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito por España conforme al cual no es posible condenar conductas que en el momento de su comisión no recibían la consideración de delitos de conformidad con el Derecho Internacional y Derecho nacional. Es posible que afiance su argumentación anterior puntualizando que los hechos en cuestión tuvieron lugar a partir del 17 de julio de 1936 y que la configuración de la mayor parte del Derecho Internacional se fraguó, diez años después, a través de los conocidos juicios de Nüremberg. Sea como fuere, nada impide que otros países decidan hacer uso de la normativa interna como internacional para juzgar los viejos delitos ocurridos en España. De hecho, algunos países, como Argentina, se han animado a presentar querellas contra los asesinatos cometidos durante la Guerra Civil española por medio de la aplicación del principio de justicia universal. *Vid. El País*, 14 de abril de 2010. Información disponible en:

http://www.elpais.com/articulo/espana/Presentada/Buenos/Aires/querella/crimenes/franquismo/elpepuesp/20100414elpepunac_20/Tes)

No obstante, quizá, el Tribunal Supremo se pronuncie de forma diametralmente opuesta y decida, por tanto, examinar la conocida "cláusula *Martens*" que forma parte de todos los convenios sobre conflictos armados desde su inclusión en el preámbulo del II Convenio de La Haya de 1899. Ésta tiene el siguiente tenor: «Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública». Tal vez así quepa la persecución y la sanción de estos crímenes. No obstante, esta argumentación no resulta del todo convincente, puesto que dicha cláusula se refiere a conflictos armados internacionales por lo que no sería aplicable al caso de los delitos cometidos en España. *Vid. GIL GIL, A., La justicia de transición en España...*, *ob. cit.*, pág. 160. En cualquier caso, como afirma YOLDI, los responsables de aquellos delitos están todos muertos, luego muy probablemente este asunto termine archivándose. *Vid. YOLDI, J., "La justicia de los vencidos"*, *El País*, 8 de septiembre de 2008. Documento disponible en:

http://www.elpais.com/articulo/espana/justicia/vencidos/elpepiesp/20080908elpepinac_7/Tes

verdadero debate y una gran rapidez a la hora de proceder a su ratificación⁷⁹⁵- nos deja, cuanto menos, perplejos.

En cualquier caso, sin dejar de especular un poco más en torno a los diversos motivos que empujaron al ejecutivo a emprender la ya firme enmienda de 2009, debemos advertir que, posiblemente, éste quiso anteponer a toda costa la idea de cordialidad diplomática con terceros Estados frente a cualquier otra consideración. En otras palabras, muy probablemente esta reforma legal ha tenido lugar como consecuencia de la imperiosa idea que abrigan los gobernantes de nuestro país de mantener una relación favorable con aquellos Estados en los que existe algún tipo de interés comercial, empresarial, etc., en la medida en que la "injerencia" de unos tribunales en el territorio de otro -en asuntos en los que por regla general acarrearán polémica- hace descabalar todos los esfuerzos realizados en este sentido. Es más, no son pocas las opiniones que hacen hincapié en que el verdadero motivo de dicha modificación fue la fuerte presión ejercida por Estados que, lejos de aprobar la aplicación del principio de justicia universal, criticaron y presionaron para que de algún modo fuera erradicado⁷⁹⁶.

Las estrategias ideadas por este tipo de países -especialmente cuando proceden de potencias poderosas como es el caso de Israel y de Estados Unidos- suelen ser bastante agresivas, ya que lo que pretenden es garantizar a toda costa la impunidad de sus nacionales ante la posibilidad de que sean acusados de haber cometido graves delitos. Según creen algunos, estas maniobras -aplicadas al caso español- otorgan una condición peculiar a la comentada reforma. Así lo considera ESPÓSITO cuando advierte que: «el carácter furtivo de la reforma del principio de jurisdicción universal, que se produce curiosamente en un momento en el que son notables las presiones de países poderosos ante las causas abiertas contra sus conspicuos dirigentes pasados o presentes, no sólo evidencia una falta de respeto por la deliberación democrática, sino que, como

⁷⁹⁵ Gaspar Llamazares, dirigente político, declaró que el partido del Gobierno así como el principal partido de la oposición habían acordado de "tapadillo" y con cierto "oscurantismo" la modificación del artículo 23.4 de la LOPJ. *Vid. El País*, 23 de mayo de 2009. Documento disponible en: http://www.elpais.com/articulo/espana/Vega/afirma/limitacion/justicia/internacional/sera/retroceso/elpepi esp/20090523elpepinac_18/Tes

En el mismo orden, un sector doctrinal opina que aprovechar la tramitación de la Ley Orgánica 1/2009 con el propósito de reformar el artículo 23.4 de la LOPJ conllevó la imposibilidad de celebrar debate alguno sobre una cuestión que sí lo requería. *Vid. MÁRQUEZ CARRASCO, C., Y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., ob. cit.*, pág. 277.

⁷⁹⁶ *Vid. Supra*. Nota 741.

suele ocurrir con las reformas atropelladas, va en contra de su calidad normativa al desvirtuar el concepto que pretende limitar⁷⁹⁷». Todo indica, pues, que España se "plegó" al deseo de las grandes potencias, emprendiendo una reforma encargada de limitar sustancialmente el principio de universalidad⁷⁹⁸.

De todos modos, aunque la principal razón del cambio legislativo proceda de la idea de anteponer las relaciones de España con otros Estados, conviene hacer hincapié en otros argumentos aducidos en su momento como los verdaderos detonantes de la misma, a nuestro juicio meras falacias, que, no obstante, pueden ayudar a esclarecer el perverso espíritu que imperó durante los meses en los que se aceptó a trámite la Ley Orgánica 1/2009. Una de éstas consistió en denunciar el alto coste que suponía el desarrollo de procesos amparados por el viejo artículo 23.4 de la LOPJ. Esta razón no resulta convincente, puesto que cabe indicar, a modo de ejemplo, que de los dos millones y medio de casos pendientes que existían entonces tan sólo el 0,0005 se encontraba relacionados con delitos graves⁷⁹⁹. Otro argumento al estilo del anterior es el que sostenía la eficacia de los tribunales penales internacionales como únicos mecanismos válidos para la persecución y sanción de crímenes graves. A este respecto, debemos tener presente que estos órganos no satisfacen en muchas ocasiones "la sed de justicia"⁸⁰⁰. Muchos cuentan con ciertas limitaciones -como puede ser la imposibilidad de juzgar hechos ocurridos con anterioridad a su creación, caso de la CPI- que se han traducido en grandes dificultades a la hora de requerir la presencia de culpables en sus banquillos. De hecho, su limitada capacidad de actuación se ha visto suplida por la actuación de jueces y magistrados estatales que han actuado eficientemente a nivel interno, por lo que la drástica reducción del comentado principio en nuestro ordenamiento jurídico supone un fuerte revés para todos aquellos que defienden la protección de los derechos humanos fundamentales.

⁷⁹⁷ Cfr. ESPÓSITO, C., "Una limitación de carácter furtivo", *El País*, 2 de septiembre de 2009. Documento disponible en:

http://www.elpais.com/articulo/opinion/limitacion/caracter/furtivo/elpepiopi/20090902elpepiopi_5/Tes/

⁷⁹⁸ Así lo confirman las siguientes declaraciones: «(...) la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial [fue aprobada] por motivos de política exterior, en relación con los problemas diplomáticos que generaba la aplicación del principio de jurisdicción universal». Cfr. FERNÁNDEZ LIESA, C., "Perfiles de la política exterior española de derechos humanos", *Real Instituto Elcano*, nº 6, 2010. Documento disponible en:

http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/europa/dt6-2010

⁷⁹⁹ Vid. *El País*, 10 de mayo de 2009. Documento disponible en:

http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Audiencia/Universal/elpepisoc/20090510elpepisoc_2/Tes/

⁸⁰⁰ Vid. OLLÉ SESÉ, M., "El avance de la justicia universal", *El País*, 23 de mayo de 2009. Documento disponible en:

http://www.elpais.com/articulo/opinion/avance/justicia/universal/elpepiopi/20090523elpepiopi_4/Tes/

En cualquier caso, independientemente de los motivos que llevaron a la adopción de la referida enmienda, el contenido de la nueva LOPJ -que conduce hacia un incierto y sombrío camino de obtención de justicia ante crímenes graves cometidos más allá de nuestras fronteras- es, hoy por hoy, firme. Sin embargo, no deja de ser chocante que España habiéndose erigido como un enclave privilegiado para la defensa de los derechos humanos, al haber albergado una legislación -que aún técnicamente insuficiente- indudablemente generosa como para situarse a la cabeza con respecto a otros muchos Estados en lo que se refiere a la persecución de graves actos delictivos; ahora, por el contrario, ha optado por dar un radical golpe de timón y cambiar de rumbo, si no ciento ochenta grados, ciento veinte, otorgando cuartel a la impunidad.

Por lo tanto, no podemos sino mostrar nuestra desaprobación hacia la reciente modificación legislativa emprendida y consumada durante el año 2009, ya que si bien es cierto que con la anterior LOPJ tan sólo uno de los procesos celebrados en España acabó con una sentencia condenatoria -asunto *Scilingo*-, también lo es que con la mera apertura de este tipo de juicios se ha dado pie a debates serios en torno a crímenes graves perpetrados en países afectados por el ejercicio de nuestra justicia⁸⁰¹ y ello, según creemos, es siempre mejor que el más absoluto silencio propio de la más desgarradora indiferencia o desinterés.

⁸⁰¹ Un ejemplo fue el inicio del asunto *Guantánamo* en España cuya noticia, tras la apertura del oportuno procedimiento, ocupó las primeras páginas de los principales periódicos norteamericanos. *Vid. The New York Times*, 28 de marzo de 2009. Documento disponible en: <http://www.nytimes.com/2009/03/29/world/europe/29spain.html>

II. Más sombras que luces en el actual artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Analizaremos, a continuación, diversos aspectos representativos del actual artículo 23.4 de la LOPJ. Antes de nada, conviene tener presente que la inclusión del principio de justicia universal en los ordenamientos jurídicos domésticos genera una amenaza sobre la configuración del concepto tradicional de soberanía y ello, como es lógico, se traduce en un fuerte rechazo respecto de su incorporación a los sistemas jurídicos nacionales. Sin embargo, ante la crudeza de ciertas acciones perpetradas por el hombre, muchos países decidieron incorporarlo con el objeto de no sólo proporcionar garantías necesarias para la protección de los derechos humanos, sino también con la idea de no dar oportunidad a que la impunidad reine sin tregua⁸⁰². Ésta había sido la posición de España hasta el momento en el que se produjo la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2009 que modificó la LOPJ.

La reciente afirmación se justifica en el hecho de que la nueva LOPJ establece la concurrencia de alguno de estos requisitos para fundamentar la actuación de nuestros jueces cuando los crímenes tienen lugar en terceros Estados: a) vínculos de conexión relevantes con España, b) existencia de víctimas de nacionalidad española ó c) presencia del presunto autor del delito en territorio nacional (siempre que en el país originariamente competente o en el seno de un tribunal penal internacional no se haya abierto un procedimiento sobre los mismos hechos punibles). No hay duda, pues, de que las condiciones mencionadas deforman el principio de universalidad, ya que su marco de aplicación en sentido estricto depende de la gravedad de los ilícitos y no del cumplimiento de requerimientos adicionales.

Siendo así las cosas, resulta palmario analizar cada una de las nuevas formalidades expuestas en el párrafo anterior. En cuanto al vínculo de conexión relevante con España o, lo que es lo mismo, la presencia de intereses españoles en el asunto en cuestión, debemos decir que se trata de un concepto poco claro que se presta a confusión: ¿qué puede entenderse como vínculo de conexión relevante con España? ¿Es posible argumentar que el delito cometido en un país iberoamericano supone el

⁸⁰² Recuérdese, no obstante, que el punto clave en la persecución de graves crímenes tuvo lugar con la celebración de los juicios de Núremberg. *Vid.* CHALAMISH, E., "Jurisdicción universal y política mundial: el caso español", EPE, marzo-abril, 2010. Documento disponible en: [HTTP://WWW.POLITICAEXTERIOR.COM/2010/03/JURISDICCION-UNIVERSAL-Y-POLITICA-MUNDIAL-EL-CASO-ESPANOL/](http://www.politicaexterior.com/2010/03/JURISDICCION-UNIVERSAL-Y-POLITICA-MUNDIAL-EL-CASO-ESPANOL/)

cumplimiento de este requisito por existir algún tipo de unión no sólo histórica sino cultural o lingüística entre España y dicha parte del continente americano? ¿Es posible sostener que dicho requisito se encuentra satisfecho si las víctimas del delito tienen alguna relación de parentesco con España? Como puede verse, son muchos los interrogantes que esta condición plantea. Quizá esta imprecisión resulte beneficiosa para aquellos jueces que, envueltos en un proceso en el que se han lesionado derechos humanos, decidan acudir a esta abierta y poco definida cláusula con la intención de fundamentar una competencia de carácter extraterritorial. Sin embargo, otros autores afirman que esta condición implica un ejercicio jurisdiccional de carácter *neo-colonial*, ya que podría quedar satisfecha al apreciarse un vínculo de naturaleza cultural entre el caso en cuestión y España, por lo que América Latina al ser antigua colonia española se vería afectada por este nuevo requerimiento⁸⁰³.

En este orden de ideas, algunos autores opinan que el nuevo precepto transforma al juez en una pieza clave a la hora de examinar si concurre o no el requisito comentado, ya que le otorga un amplio margen de actuación no muy recomendable en un campo tan delicado como sin duda es el ordenamiento jurídico penal⁸⁰⁴. En definitiva, este borroso e impreciso requerimiento puede dar lugar a una multitud de situaciones dispares, puesto que es tal el grado de discrecionalidad que se le da al juez a través del nuevo artículo 23.4 de la LOPJ que lo que para algunos puede suponer un lazo indiscutible con España, para otros puede que no constituya un motivo legítimo para justificar la actuación de nuestros tribunales en el extranjero.

Asimismo, atribuir competencia a nuestros jueces de conformidad con el controvertido principio de personalidad pasiva -en la medida en que el actual artículo 23.4 prescribe la presencia de víctimas españolas como uno de los requisitos válidos para sustentar la competencia española- resulta, cuanto menos, polémico. Al fin y al cabo, éste es un título habilitador de competencia en sí mismo y como tal podía haberse ubicado en un epígrafe o apartado separado para que fuera debidamente explicado su

⁸⁰³ Vid. BLANCO CORDERO, I., "Sobre la muerte de la jurisdicción universal", RGDP, n° 12, 2009, pág. 11. A este respecto, el autor citado considera que la jurisdicción universal no debe seguir un «criterio colonialista, pues el objetivo principal de esta institución es enjuiciar a los responsables de delitos que afectan a la comunidad internacional en su conjunto, por lo que ningún Estado debería tener un interés especial en imponer sus propios valores (colonialismo), sino los valores internacionalmente compartidos». Cfr. BLANCO CORDERO, I., *Sobre la muerte de la jurisdicción universal*, RGDP, ob. cit., pág. 11.

⁸⁰⁴ Vid. ESPÓSITO, C., *Una limitación de carácter furtivo*, El País, ob. cit.

peculiar ámbito de actuación y no aglutinarlo, como ha hecho la nueva Ley, con el principio de universalidad⁸⁰⁵.

Por el contrario, la condición relativa a la presencia de presuntos responsables en España para entender factible la competencia española sobre hechos acaecidos en el extranjero, no es especialmente dañina en lo que se refiere a la configuración del principio de universalidad -a diferencia de las otras dos que sí menoscaban abiertamente su esencia-. Es más, dicha condición puede, incluso, ayudar a poner un poco de cordura en relación con el viejo hábito -auspiciado por la derogada LOPJ- de interponer sistemáticamente recursos ante tribunales españoles que, generalmente, acababan por archivarse ante una falta de fundamentación legal sólida. De todos modos, la finalidad restrictiva de esta condición no puede ponerse en duda, puesto que anteriormente era aplicable únicamente a los delitos de mutilación genital femenina y a los crímenes de guerra y ahora, con la nueva Ley, se extiende a todos los delitos recogidos en el artículo 23.4 de la LOPJ.

Finalmente, la exigencia relativa a que el proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en otro país competente o en un tribunal internacional es poco preciso. Éste no resuelve las dudas que podrían surgir en aquellos casos en los que un procedimiento posterior pretende pronunciarse sobre los mismos hechos de otro anterior ya abierto en España. Esta apreciación no es tan descabellada como podría pensarse. Buen prueba de ello fue lo sucedido con Cavallo, extraditado a Argentina unos meses antes de que se produjera la apertura del juicio oral en España. En esta línea, REMIRO BROTONS señala que: «los críticos de la reforma han observado que no se especifica que ha de ser penal el procedimiento que impediría el ejercicio de competencia por los jueces españoles (...). También recelan de la vara de medir la eficacia de un procedimiento extranjero, especialmente si es sobrevenido⁸⁰⁶».

Por consiguiente, la sensación predominante es que en España el principio de justicia universal emprende -tras la firme adopción de la Ley Orgánica 1/2009- un camino de retirada al que, desgraciadamente, parecen haber optado muchas otras legislaciones domésticas por mucho que los Gobiernos de turno traten de disfrazar el

⁸⁰⁵ Vid. BLANCO CORDERO, I., *Sobre la muerte de la jurisdicción universal*, RGDP, ob. cit., pág. 9.

⁸⁰⁶ Cfr. REMIRO BROTONS, A., *Crímenes internacionales, jueces estatales*, EPE, ob. cit.

verdadero contenido de sus iniciativas. De hecho, existe una extraña dualidad entre el discurso proferido por nuestro ejecutivo y sus medidas legislativas que, según la doctrina, contribuyen a crear situaciones de riesgo por el daño que suele generar un discurso quimérico⁸⁰⁷. Así aparece el Plan de Derechos Humanos, adoptado por el Consejo de Ministros en el año 2008, en virtud del cual pretendía reivindicarse la protección de estos derechos como una seña identificativa de España. Desde nuestro punto de vista, este tipo de medidas parecen indicar, *prima facie*, una loable predisposición a poner fin a los graves crímenes que asuelan la humanidad. Sin embargo, habiendo analizado los auténticos motivos de la adopción de la nueva LOPJ y el controvertido contenido del vigente artículo 23.4, este tipo de iniciativas no deben llevarnos a engaño. Si la nueva regulación hubiera sido adoptada con el verdadero ánimo de proteger a la comunidad internacional, la enmienda legislativa de 2009 habría sido más benévola con el principio de justicia universal.

De hecho, algunos autores creen que si la intención real del legislador hubiera consistido en moderar los contraproducentes efectos que conllevaba la aplicación del principio de universalidad, se podría haber optado por incluir la regla de oportunidad política con la intención de que fuera directamente el Gobierno el que se pronunciara acerca de la conveniencia de investigar unos hechos que quizá perjudiquen a las relaciones bilaterales entre Estados⁸⁰⁸. No obstante, esta solución habría sido -en la mayoría de los casos- extremadamente polémica, ya que significaría una peligrosa "politización" de asuntos judiciales cuya resolución debe producirse al margen del poder ejecutivo⁸⁰⁹. Es más, de haberse introducido este criterio se habría producido, presumiblemente, el veto de la actuación judicial española en asuntos polémicos, junto con la compleja disyuntiva de tener que justificar la actuación de nuestros tribunales en procesos de menor importancia o de "segunda categoría". En definitiva, se hubiera instaurado el peligroso tratamiento de los "dobles raseros".

⁸⁰⁷ Así, FERNÁNDEZ LIESA proclama que: «(...) el discurso de la política exterior en derechos humanos elaborado en los distintos planes e intervenciones de los representantes gubernamentales es muy avanzado, idealista, casi utópico. Esto debe reflejarse en posiciones internacionales determinadas y tener instrumentos específicos, para que no quede todo en mera retórica». Cfr. FERNÁNDEZ LIESA, C., *Perfiles de la política exterior española de derechos humanos*, Real Instituto Elcano, ob. cit.

⁸⁰⁸ Vid. ESPÓSITO, C., *Una limitación de carácter furtivo*, *El País*, ob. cit.

⁸⁰⁹ Es un riesgo demasiado alto que el poder ejecutivo intervenga en un asunto judicial, no sólo por la apertura de un cierto camino proclive a la creación de situaciones excepcionales, sino que además no resolvería gran cosa, especialmente tras comprobar el "reparo" -por no decir temor- mostrado por el gobierno cada vez que se hacía uso del principio de universalidad durante el periodo en el que su alcance era absoluto.

Frente a lo anterior, no hay duda de que algún aspecto positivo puede deducirse de la Ley Orgánica 1/2009. En primer lugar, los delitos enumerados en el artículo 23.4 de la nueva LOPJ se ven ampliados con la incorporación de los crímenes de lesa humanidad. Ello, de algún modo, resuelve los múltiples problemas planteados en juicios anteriores en los que existía cierta dificultad a la hora de aplicar el referido tipo penal en los términos del derogado artículo 23.4⁸¹⁰. No obstante, en dicha enumeración podía haberse incluido el delito relativo a los crímenes de guerra. Asimismo, la alusión del apartado h) de conocer y perseguir los hechos recogidos en los tratados y convenios internacionales, se ve "reforzada" actualmente al establecerse que dicha persecución se hará a la luz de «(...) los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos (...)» que hayan sido suscritos por España.

Respecto a este apartado h), GÓMEZ BERMÚDEZ indica que los jueces van a tener la posibilidad de acudir a la regulación internacional, olvidando por completo lo establecido en nuestra LOPJ⁸¹¹. FERNÁNDEZ LIESA también hace referencia a esta compleja cuestión y sugiere que el nuevo precepto al remitirse a los tratados y convenios internacionales -los cuales a su vez no sólo hacen referencia a la costumbre internacional, sino que algunos también establecen llamamientos a la propia jurisdicción universal- provocará, antes o después, el renacimiento de la jurisdicción universal⁸¹². No obstante, creemos que el Derecho Internacional únicamente podrá ser utilizado como vía de escape para aplicar el principio de universalidad por parte de nuestros jueces cuando dicho conjunto normativo lo contemple expresamente, lo cual no es habitual.

En todo caso, según algunos autores, parece ser que la normativa internacional suscrita por España podrá servir de apoyo a nuestros órganos judiciales cuando deseen fundamentar su actuación en títulos atributivos de competencia distintos de los estrictamente previstos en la legislación doméstica española -de entre los cuales se

⁸¹⁰ Sobre este extremo, véase el problema surgido en el asunto *Scilingo* en relación con el principio de legalidad.

⁸¹¹ Vid. *Diario Valladolid*, 21 de abril de 2010. Documento disponible en: http://www.diariovalladolid.com/_n1300206_G26232433Bmez_Berm26232503Bdez_considera_que_l_a_26232503Bltima_reforma_26quot3Bpone_coto26quot3B_a_la_jurisdicci26232433Bn_extraterritorial_pero_abre_nuevos_problemas.html

⁸¹² Vid. FERNÁNDEZ LIESA, C., *Perfiles de la política exterior española de derechos humanos*, Real Instituto Elcano, ob. cit. Asimismo: Vid. *El País*, 30 de enero de 2010. Información disponible en: http://www.elpais.com/articulo/espana/Garzon/investigara/Guantanamo/constar/causas/abiertas/EE/UU/elpepiesp/20100130elpepinac_7/Tes

encuentra, evidentemente, el principio de universalidad⁸¹³. De conformidad con lo anterior, habrá que esperar a futuros pronunciamientos judiciales -como, quizá, también al planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad- para saber el verdadero alcance del comentado precepto que resulta, aún hoy, un tanto dudoso⁸¹⁴. Así pues, aunque son muchas las incógnitas que deja la reforma de la LOPJ y sabiendo que sólo el paso del tiempo las podrá remendar, no hay duda de que ciertos aspectos positivos pueden deducirse.

Tras apreciar, pues, una lectura positiva en aspectos puntuales de la comentada enmienda, algunos autores, como REMIRO BROTONS, discuten la afirmación relativa a que la nueva legislación implica una renuncia al cumplimiento de nuestras obligaciones internacionales; a su modo de ver, no se ha producido el abandono de los parámetros de la justicia universal⁸¹⁵. No obstante, otras opiniones, como la de GARCÉS, concluyen que la modificación legislativa nos lleva a secundar, a día de hoy, el fin precipitado de la jurisdicción universal en España⁸¹⁶. Sea como fuere, de lo que no hay duda es que en nuestro país el principio de universalidad ha sufrido un duro revés y, por lo tanto, la reforma legislativa del año 2009 ha supuesto una importante regresión en lo que se

⁸¹³ Hace algunos años, FERRER LLORET afirmó que una posible modificación legislativa encaminada a dar estricto y total cumplimiento a la normativa internacional sobre derechos humanos sería absolutamente perjudicial. *Vid.* FERRER LLORET, J., *El principio de jurisdicción universal: su aplicación en España, Cursos de Derechos Humanos en Donostia-San Sebastián*, *ob. cit.*, págs. 154 y 155. En cualquier caso, resulta curioso que una regulación, como la nueva Ley Orgánica 1/2009, diseñada en un principio a restringir el ámbito aplicativo de la Ley Penal española, tenga por resultado el pleno reconocimiento del ordenamiento jurídico internacional. Así las cosas, no nos sorprende la pregunta que formula CHINCHÓN ÁLVAREZ: «¿para qué entonces todo este apresurado proceso de reforma?». *Cfr.* CHINCHÓN ÁLVAREZ, "A propósito del proceso de reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (mayo-noviembre de 2009): De los motivos a las consecuencias para el principio de jurisdicción universal", *Revista de Derecho de Extremadura*, nº 6, 2009, pág. 30. Documento disponible en:

http://eprints.ucm.es/10021/1/Art%C3%ADculo_Reforma_JU_Motivos_REVISTA_EXTREMADURA.pdf

⁸¹⁴ Obviamente, el tiempo también solucionará la cuestión relativa a las causas que -relacionadas directamente con la aplicación del principio de universalidad- estaban siendo ventiladas ante la Audiencia Nacional en el momento en el que se produjo la llegada de la Ley Orgánica 1/2009.

⁸¹⁵ *Vid.* REMIRO BROTONS, A., *Crímenes internacionales, jueces estatales, EPE*, *ob. cit.* El autor citado puntualiza que las opiniones doctrinales que sostienen el abandono del principio de universalidad como consecuencia del contenido de la nueva regulación española son exageradas y en este sentido afirma que: «(...) un exceso de celo militante en la persecución de los crímenes internacionales conduce a afirmaciones que acaban siendo contraproducentes para la rigurosa defensa de esta causa». *Cfr.* REMIRO BROTONS, A., *Justicia de transición, justicia penal...*, *ob. cit.*, pág. 217.

⁸¹⁶ *Vid.* GARCÉS, J., *De impunidad y lealtades*, *El País*, *ob. cit.* Esta consideración es compartida por OLLÉ SESÉ cuando afirma que la reforma de 2009 pretende «(...) fulminar el carácter absoluto o puro de la jurisdicción universal». *Cfr.* OLLÉ SESÉ, M., "Justicia universal, doble instancia e incomunicación", *Aportaciones para una evaluación del Plan de Derechos Humanos del Gobierno de España*, Ed. Asociación Pro Derechos Humanos de España, 2010, pág. 14. Documento disponible en: <http://www.apdhe.org/Index/documentos/EVALUACION%20PLAN%20DE%20DD%20HH%20DOCUMENTO%20APDHE.pdf>

refiere a la protección de los derechos humanos, así como un paso significativo hacia el lamentable ámbito de la impunidad.

2. 1. *El repliegue del principio de jurisdicción universal en nuestro ordenamiento jurídico*

De conformidad con lo expresado en el punto anterior, es evidente que existen más que indicios que apuntan a que la reforma de 2009 ha supuesto una regresión en la protección de los derechos humanos fundamentales aunque, quizá, no sea de tan grande calado como se sugirió en un primer momento, ya que las positivas observaciones previas muestran que no debemos ser tan escépticos. De hecho, al hilo de esta última consideración debemos tener presente que tan sólo ha existido un único juicio -el de *Scilingo*- a lo largo de la reciente historia democrática española que ha culminado con una sentencia condenatoria en esta materia. Con ello se quiere poner de relieve que aunque el ejercicio de la justicia universal genera la alarma del Estado de la nacionalidad de los procesados, conviene advertir que su preocupación no debería ser tal, ya que la mayoría de los juicios abiertos suelen culminar antes o después de forma frustrante para las víctimas que, con tanto ahínco y esfuerzo, tratan de obtener justicia.

No obstante, como afirma REMIRO BROTONS «la productividad judicial con base en este parámetro conduce a conclusiones absolutamente engañosas. Instruir un procedimiento penal cuando no es posible -o creíble- allí donde se cuenta con una conexión territorial o personal con el crimen permite mantener viva la memoria, no sólo histórica, sino judicial, y es un acicate para que más adelante los jueces “naturales” retomen el curso de la persecución y la condena de los criminales (...)»⁸¹⁷. De este modo, el autor citado no niega la importancia de los procesos abiertos anteriormente por la justicia española⁸¹⁸.

En cualquier caso, al margen de los resultados obtenidos con la vieja LOPJ e independientemente de que fueran escasas las consecuencias positivas derivadas de la aplicación del principio de justicia universal, es importante recordar que éste fue

⁸¹⁷ Cfr. REMIRO BROTONS, A., *Crímenes internacionales, jueces estatales, EPE, ob. cit*

⁸¹⁸ Especialmente importantes son los juicios ventilados antes nuestras autoridades judiciales sobre los graves crímenes cometidos en Argentina o Chile, ya que tuvieron como consecuencia la derogación de leyes que cerraban el acceso de los jueces a la justicia. *Ibidem*.

avalado en su día por el Tribunal Constitucional en el asunto *Guatemala*⁸¹⁹. Ello no es baladí. Ahora bien, ante nuevas circunstancias -debido a la vigencia de la Ley Orgánica 1/2009- este Tribunal presumiblemente, antes o después, se pronunciara acerca del significado del nuevo artículo 23.4, determinando si es compatible o no con la Constitución española. En este sentido, la Plataforma "Contra la impunidad, por la justicia universal" planteó al Defensor del Pueblo la posibilidad de interponer un recurso de inconstitucionalidad contra dicho artículo. No obstante, esta petición fue denegada el 19 de enero de 2010⁸²⁰. A este respecto, BLANCO CORDERO afirma que es poco probable que el Tribunal Constitucional determine la inconstitucionalidad del comentado precepto -que suele establecerse en función de una interpretación literal de la normativa y en la *voluntas legislatoris*-, ya que la reforma ha cambiado el tenor literal del artículo 23.4, así como la voluntad del legislador⁸²¹.

Sea como fuere, haciendo balance de lo aquí expuesto, queda claro que la Ley Orgánica 1/2009 propicia el repliegue del ordenamiento jurídico español en lo que se refiere a la protección de los derechos humanos fundamentales de las víctimas que sufren, más allá de nuestras fronteras, actos especialmente virulentos. Así las cosas, a día de hoy, difícilmente puede sostenerse que el compromiso de España en la salvaguarda de este tipo de derechos se materializa del mismo modo que en el pasado -lo que, a nuestro modo de ver, no deja de ser una situación lamentable-. Desde nuestro punto de vista, los Estados deben tener siempre como referencia la protección de los derechos y valores más esenciales, no siendo de recibo que la enmienda comentada sea disfrazada por el Gobierno valedor de la misma como una mejora que, de algún modo, reafirma el compromiso de España para con ellos, así como para con el principio de universalidad⁸²². Probablemente el motivo principal de dicha argucia responda a la idea

⁸¹⁹ La Ley Orgánica 1/2009 da la espalda, pues, a lo establecido por el Tribunal Constitucional en el asunto *Guatemala*. Como ya se sabe, éste proclamó la vigencia del principio de universalidad como consecuencia de la ratificación de ciertos tratados internacionales por parte de España y, además, concluyó que su aplicación no dependía de intereses nacionales ni de la nacionalidad de las víctimas, como tampoco de la de los presuntos responsables. A su modo de ver, estas exigencias son incompatibles con el principio de justicia universal, el cual forja sus bases en el interés común de la humanidad. Vid. MÁRQUEZ CARRASCO, C., y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *ob. cit.*, pág. 279.

⁸²⁰ El Defensor del Pueblo apoyó su argumentación en la propia doctrina emanada por el Tribunal Constitucional en el asunto *Guatemala*; determinó que si bien el Tribunal reconoce que el derogado artículo 23.4 instauraba un principio de jurisdicción universal absoluto, también admite que éste no ha de ser el «(...) único canon de interpretación del precepto, y que su exégesis no pueda venir presidida por ulteriores criterios reguladores que incluso vinieran a restringir su ámbito de aplicación» (Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005).

⁸²¹ Vid. BLANCO CORDERO, I., *Sobre la muerte de la jurisdicción universal*, RGDP, *ob. cit.*, pág. 17.

⁸²² Un ejemplo es la sesgada declaración realizada por el grupo político al que pertenece el actual

de que no debe ser tarea fácil reconocer la falta de preocupación o, más bien, el abandono de ciertos valores que abanderaron en su día al referido Gobierno cuando, presuntamente, izó hace tiempo la bandera de la ética y de la moral como una de las principales pautas a seguir en el marco de sus actuaciones. De este modo, nos mostramos absolutamente conformes con REMIRO BROTONS cuando advierte que: «(...) no es un plato de gusto para el gobierno valiente de antaño reconocer que los valores morales recortan su vuelo en beneficio de intereses revestidos con la retórica de los valores⁸²³».

Al hilo de las consideraciones anteriores, debemos plasmar una serie de puntualizaciones: por un lado, si lo que verdaderamente pretendía la Ley Orgánica 1/2009 era evitar que la Audiencia Nacional se erigiera como centinela de los graves crímenes cometidos a lo largo y ancho de nuestro planeta, es lógico que se aprobara una Ley conforme a esta premisa en lugar de realizar una interpretación *contra legem* como en su día propuso el Tribunal Supremo en el año 2003; por otro lado, si lo que aquella ambicionaba era reducir las fricciones que el ejercicio de dicho principio genera la mayor parte de las veces en el marco de las relaciones con otros Estados, se podía haber optado por introducir ciertos criterios de prioridad (que se refieren a la preferencia de jueces vinculados por el *locus delicti*), de eficiencia (que implican la imposibilidad de que un Estado juzgue un asunto que ya está siendo enjuiciado en otro lugar o que se inhiba cuando tuviera prioridad la actuación de otro que, fundamentalmente, goza de un interés específico), así como una serie de requisitos que pudieran operar a modo de filtro o de criba para que el resultado fuera la admisión a trámite de asuntos bien sustentados y con proyección de futuro -evitando la interposición sin sentido de innumerables querellas que en la mayoría de los casos no van a ninguna parte- y, por el contrario, el sobreseimiento provisional de aquellos otros en los que no hubiera sido posible conseguir la extradición o entrega de responsables. Quizá así, con mayores dosis de magnanimidad o, tal vez, de sutileza para con el principio de justicia universal, la reforma pudo haber sido menos polémica.

gobierno valedor de la reforma de la LOPJ: «(...) el Grupo Parlamentario Socialista no ha cambiado su forma de pensar ni su sensibilidad con respecto a la jurisdicción universal y a la defensa de los derechos humanos. (...) nuestra regulación (...) sigue permitiendo que estos delitos graves no queden impunes y puedan ser perseguidos y juzgados». Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 2009, IX Legislatura, Número 113, Sesión plenaria número 105, 15 de octubre de 2009, pág. 22. Adviértase que esta declaración tuvo lugar el mismo día en el que se aprobaba la Ley Orgánica 1/2009.

⁸²³ Cfr. REMIRO BROTONS, A., *Obra homenaje al Dr. Santiago Torres...*, ob. cit., pág. 276.

2. 2. *Las acibaradas vicisitudes de la vigente regulación contenida en la Ley Orgánica del Poder Judicial*

A la vista de lo expuesto en los apartados anteriores, queda claro que el nuevo artículo 23.4 de la LOPJ no hace referencia al principio de justicia universal entendido como un mecanismo de atribución de competencia que otorga a los Estados la posibilidad de juzgar crímenes internacionales, prescindiendo del dato relativo al lugar de su comisión, así como de aquél otro referente a la nacionalidad de los actores y las víctimas. Por el contrario, la nueva regulación pone de manifiesto la necesidad de que concurra algún tipo de vínculo con el hecho que pretende juzgarse para justificar así la actuación judicial española. Así pues, a través de la Ley Orgánica 1/2009 el referido título habilitador se ve perturbado al requerir el cumplimiento de condiciones adicionales que menoscaban su más pura esencia⁸²⁴. Tal es el calado de la citada reforma que muchos han puesto de relieve que de haber tenido lugar ahora, el asunto *Pinochet* no se habría producido jamás⁸²⁵.

Sea como fuere, la indeterminación del actual artículo 23.4 de la LOPJ nos lleva a afirmar que el principio de universalidad no ha sido restringido por completo. Es posible que no haya sido esa la finalidad de la enmienda legislativa de 2009 -quizá pretendía una mera limitación del principio de universalidad pero no su completa desaparición- o que sus deficientes términos no hayan hecho posible la consecución de tal objetivo. Además, respecto de los argumentos que indicaban un resurgimiento de la justicia universal a raíz de lo dispuesto en la normativa internacional suscrita por España, se extrae la conclusión de que la nueva LOPJ -abocada a restringir en un principio el ámbito de aplicación de la ley penal española- podría ser utilizada por los jueces como una válida vía para proceder a su aplicación.

⁸²⁴ Ello corresponde a una visión estricta del principio de universalidad. Según algunos autores, esta visión pura o estricta puede traer problemas de carácter político y sobrecargar, además, los recursos nacionales en los casos en los que resulte muy verosímil que nunca llegará a celebrarse el juicio penal. *Vid.* BLANCO CORDERO, I., "Derecho Penal Internacional, Jurisdicción universal", IRPL, Vol. 79 (primer y segundo trimestre), 2008, pág. 110.

⁸²⁵ *Vid.* ESPÓSITO, C., "Shrinking Universal Jurisdiction", ESIL, febrero, 2010. Documento disponible en: http://www.esil-sedi.eu/english/ESIL_SEDI_NEWSLETTER_Feb_2010.pdf
«The Pinochet case changed our perceptions of international law and the important role of national judges in its development. However, with the entry into force on 5 November 2009 of the new Spanish law governing the principle of universal jurisdiction, such a case would most probably not have been possible today».

Una prueba de las consideraciones reflejadas en el párrafo anterior es la comisión rogatoria de 26 de noviembre de 2009 en virtud de la cual se solicitaba a las autoridades de Irak información acerca de si existía algún procedimiento judicial en marcha que estuviera investigando los graves hechos denunciados por Morteza Komarizadehasl y Reza Mohad contra Hossein al-Shemmari⁸²⁶. En este caso, el juez estimó que los hechos constituían una violación del Convenio IV de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, así como del Protocolo I, de 8 de junio de 1977 (ambos ratificados por España e Irak). A estas actuaciones se opuso la fiscalía al no advertir la conexión española que legitimara la actuación de nuestros tribunales. Sin embargo, aunque en ese caso no existía tal vínculo, la nueva LOPJ dejaba abierta una vía de actuación por medio de la apostilla relativa a *lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales* que junto con el artículo 146 del IV Convenio de Ginebra daban pie, según el juez instructor, a sostener la competencia española en este asunto⁸²⁷. Consecuentemente, la normativa internacional suscrita por España puede servir de apoyo a nuestros órganos judiciales en el caso de que deseen fundamentar su actuación con base en títulos competenciales distintos de los previstos en la legislación doméstica española cuando se tenga en el punto de mira la protección de los derechos humanos. Todo ello nos lleva a pensar -apoyándonos en la opinión previamente plasmada por REMIRO BROTONS- que la nueva disposición de la LOPJ no incita al Estado español a abandonar sus obligaciones internacionales, ni promueve la renuncia absoluta de los principios inspiradores de la justicia universal⁸²⁸.

No obstante, resulta aconsejable atenuar el excesivo optimismo plasmado en el párrafo anterior, puesto que las posibilidades de que hoy en día se produzca la apertura de nuevos procedimientos judiciales de cierta índole y gravedad en España son, cuanto

⁸²⁶ Nos referimos al asalto ordenado y ejecutado por el teniente general al-Shemmari, el 28 y 29 de julio de 2009, contra civiles desarmados del campo de Ashraf. Aquellos días se produjo el disparo indiscriminado contra personas protegidas por el IV Convenio de Ginebra. Todo ello provocó la muerte de once personas, la grave lesión de otras cuatrocientas, treinta y seis detenciones ilegales y la perpetración de actos de torturas. *Vid. El País*, 1 de diciembre de 2009. Información disponible en: http://www.elpais.com/articulo/espana/juez/Andreu/investiga/matanza/refugiados/iranies/Irak/2009/elpepi_esp/20091201elpepinac_10/Tes

⁸²⁷ El artículo 146 del IV Convenio de Ginebra establece que: «Cada una de las partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual sea su nacionalidad».

⁸²⁸ *Vid. Supra*. Nota 815.

menos, escasas, según firmes opiniones doctrinales encaminadas a sostener que pocos son los Estados que deciden actualmente "embarcarse" en una aventura judicial de carácter extraterritorial si no existen normas internas que lo respalden por mucho que ciertos delitos y títulos habilitadores de competencia se encuentren previstos en la normativa internacional⁸²⁹. En definitiva, parece que no es sencillo encontrar órganos judiciales domésticos dispuestos a esgrimir el principio de jurisdicción universal cuando no exista una legislación nacional que "escolte" su actuación por mucho que los tratados y las normas internacionales lo reconozcan abiertamente.

En cualquier caso, al margen de si es cierta o no la premisa relativa a que en estos momentos el ordenamiento jurídico internacional puede servir de poco a los jueces españoles para conocer y juzgar graves hechos acaecidos más allá de nuestras fronteras, de lo que no hay duda es que la falta de concreción del nuevo artículo 23.4 de la LOPJ les permite acogerse a ciertos criterios interpretativos que pueden implicar, de alguna manera, una defensa y protección de los derechos humanos; es decir, los puntos flacos de la nueva Ley Orgánica 1/2009 pueden transformarse en serios acicates para la lucha de los valores y derechos que el principio de justicia universal persigue. Todo ello nos lleva a relativizar opiniones como la de MENCHÚ TUM, la conocida activista de derechos humanos, cuando afirma que España con la nueva LOPJ ha abandonado «el espíritu del derecho internacional en materia de graves violaciones a los derechos humanos⁸³⁰»; así como la de CORDERO BLANCO quien determina que la enmienda legislativa del año 2009 ha supuesto «la muerte de la jurisdicción universal en España⁸³¹».

⁸²⁹ Vid. CHERIF BASSIOUNI, M., *Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea*, VJILA, ob. cit., pág. 21. En cualquier caso, como ya se advirtió, hay que añadir la cuestión relativa a que no suele incluirse en los tratados una referencia explícita a la jurisdicción universal.

⁸³⁰ Cfr. *El País*, 20 de abril de 2010. Información disponible en: http://www.elpais.com/articulo/internacional/Menchu/advierte/retroceso/significativo/justicia/acoso/Garzon/elpepuint/20100420elpepuint_4/Tes

⁸³¹ Cfr. BLANCO CORDERO, I., *Sobre la muerte de la jurisdicción universal*, RGDP, ob. cit., pág. 18.

2. 3. Conclusiones

No hay duda de que España, con el nuevo articulado de la LOPJ, ha limitado la aplicación de la jurisdicción universal, lo que ha supuesto la frustración de uno de los muchos aspectos positivos que su ejercicio implicaba: la retroalimentación de la rueda de la justicia. Anteriormente, la actuación de nuestros jueces provocaba notables avances en la lucha y persecución de graves crímenes acaecidos en terceros países. Véanse, por ejemplo, los casos de *Chile* y *Argentina* que si bien no supusieron la aplicación estricta del principio de universalidad, sí promovieron su invocación junto con la apertura de concienzudos debates, así como la celebración -años después- de los juicios correspondientes ante los órganos judiciales territorialmente competentes. De esta manera, si bien es cierto que el derogado artículo 23.4 de la LOPJ provocó "tensión" y escasas sentencias condenatorias, también debe puntualizarse el hecho de que derribó "muros" -en su momento infranqueables- que dieron lugar a polémicas discusiones y a importantes progresos tanto en el seno de la comunidad internacional como en el ámbito interno estatal. Todo ello, a nuestro juicio, constituye una relación indisoluble con la justicia, de suerte que la figura del silencio, del olvido y de la indiferencia son, por el contrario, cómplices de la injusticia.

Así las cosas, el recorte legislativo del año 2009 plantea una incógnita en el pretendido equilibrio que en los últimos años ha tratado de mantener España entre el interés nacional y el de la comunidad internacional en el ámbito de la lucha contra las violaciones de los derechos humanos. A nuestro modo de ver, el acotamiento de la LOPJ daña la imagen de nuestro país que no debería condicionar la protección de este tipo de derechos a la prevalencia de las relaciones bilaterales, debiendo dejar claro, al mismo tiempo, que no resulta recomendable la interposición sistemática -y muchas veces sin sentido- de recursos ante nuestras instancias judiciales. Como puede verse, no es fácil mantener un punto de equilibrio razonable en torno a la aplicación de la justicia universal.

A este respecto, FERNÁNDEZ LIESA determina que es imprescindible alcanzar una adecuada ponderación entre los diversos intereses existentes para obtener cierta garantía y estabilidad jurídica: «Constituye uno de los retos de la política española profundizar en el alcance y límites de la jurisdicción universal sin someterla a los

intereses del Estado como criterio exclusivo de jurisdicción universal pues, entonces, dejaría de ser universal, lo que constituiría un retroceso para la protección internacional de los derechos humanos que deterioraría la imagen que España ha llegado a tener en la materia. (...) En definitiva, no se puede tener en cuenta sólo uno de los aspectos soslayando el otro, sino que debe haber una aproximación equitativa entre derechos humanos e intereses, que sean suficientemente transparentes y claros como para que se tenga seguridad jurídica y previsibilidad⁸³²». No obstante, no todos defienden el mismo planteamiento. Autores como INAZUMI proclaman la idea de que los Estados tienen la obligación de ejercitar la jurisdicción universal y de cooperar con la protección de los derechos humanos, independientemente de los intereses que puedan existir⁸³³. Conforme a esta consideración, España se estaría alejando claramente de su deber.

En la misma línea del final del anterior párrafo, MARTÍN afirma que países como España, democráticamente estables, tienen la obligación de secundar los procesos de consolidación institucional de los Estados "frágiles", implementando «acuerdos necesarios mientras existan crímenes graves en Estados que no pueden o no quieren juzgarlos, y evitando de este modo que sus responsables vivan cómodamente en la impunidad que se les brinda⁸³⁴». Este autor mantiene que frente a los avances de la UE⁸³⁵, la OEA y la CPI, países como Bélgica o España han emprendido una oscura

⁸³² Cfr. FERNÁNDEZ LIESA, C., *Perfiles de la política exterior española de derechos humanos*, Real Instituto Elcano, ob. cit. En relación con la dificultad de mantener una posición de equilibrio, Aristóteles determinó precisamente que la *iustitia universalis* debía consistir en la suma de todas las virtudes de las relaciones interpersonales. En definitiva, para una adecuada práctica de la misma es necesario -a juicio del mencionado filósofo- que se haga lo más conveniente para todos, incluidos los gobernantes y el conjunto de la comunidad. Vid. CORRAL GENICIO, J., "La noción de justicia en la retórica de Aristóteles", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 6, 2002/2003, pág. 150. De este modo, con la aprobación de la reforma de 2009, el conjunto de ciudadanos españoles perdimos de alguna manera toda capacidad de virtuosismo y ética en nuestras relaciones sociales para con los demás seres humanos, ya que olvidamos los intereses del conjunto de la comunidad internacional a la que todos, sin excepción alguna, pertenecemos.

⁸³³ Vid. INAZUMI, M., ob. cit., pág. 141. En este orden, autores como OLLÉ SESÉ proclaman la idea de que la reforma de la LOPJ es contraria al Derecho Internacional. Vid. OLLÉ SESÉ, M., "El principio de Justicia universal en España: del caso Pinochet a la situación actual", en: TAMARIT SUMALLA, J. (coordinador), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2010, pág. 241.

⁸³⁴ Cfr. MARTÍN, V., ob. cit., págs. 19 y 20.

⁸³⁵ Conviene puntualizar que ha sido más bien escasa la actuación de la UE en su deber de potenciar el compromiso de los Estados europeos en la lucha y protección de los derechos humanos. Si bien la UE se congratula de los impulsos que en este ámbito llevan a cabo algunos países miembros, es cierto que no muestra una actitud tajante de rechazo hacia las actuaciones de aquéllos que no se han implicado en su lucha, como tampoco ha intervenido en calidad de mediador o moderador en conflictos en los que se ha producido un constante ultraje de los mismos. En este sentido, ESPÓSITO propone la siguiente solución: «A global treaty on universal jurisdiction might be a good idea but it seems to be a very difficult task. A European Union solution would perhaps be more feasible. Indeed, the EU could try to either pass legislation adopting minimum rules on universal jurisdiction within the framework of the Lisbon Treaty

senda de retroceso en lo que se refiere a la persecución de los objetivos que pretende la justicia universal⁸³⁶.

Sea cierto o no lo expresado en el párrafo anterior, de lo que no hay duda es que la actuación judicial en favor de los derechos humanos es clave y, para una eficaz defensa de los mismos, es imprescindible un compromiso enérgico a todos los niveles que -junto con la actuación de los órganos internacionales- implique una eficiente puesta a disposición de los medios pertinentes en favor de todos los individuos, independientemente de su nacionalidad y del lugar en el que hayan sufrido los daños con el objeto de esclarecer la verdad y resarcir el daño padecido.

En conclusión, el camino por el que opta España a través su nueva regulación refleja el deficiente amparo judicial de nuestros tribunales en el marco de los derechos humanos -si bien el citado amparo no debe contemplarse, por la razones que ya se esgrimieron, como inexistente-. En otras palabras, desde finales del año 2009 existe en nuestro país una dificultad adicional a la hora de proporcionar el amparo judicial que todo derecho humano exige. Y ello no es admisible. Bajo ningún concepto lo es. Creemos, firmemente, que debe existir una solidaridad entre los hombres que nos haga ser responsables de todo la maldad e injusticia del mundo -especialmente respecto de los delitos cometidos en nuestra presencia o bajo nuestro conocimiento-, de tal manera que si no hacemos nada para impedirlo todos somos culpables⁸³⁷.

or, if this strategy proves inappropriate, negotiate a specific agreement harmonizing the relevant laws of the member states. This approach would bring a much higher degree of legitimacy to the exercise of universal jurisdiction vis à vis the rest of the world (...)). Cfr. ESPÓSITO, C., *Shrinking Universal Jurisdiction*, *ESIL*, ob. cit.

⁸³⁶ Vid. MARTÍN, V., ob. cit., pág. 20. No obstante, el autor reconoce que la actuación de los órganos citados no ha sido siempre la mejor, por lo que les insta a adoptar un papel más relevante en los conflictos que puedan surgir; exige un nivel de compromiso similar a aquel que tuvo lugar, por ejemplo, en Birmania o Zimbabwe. Según MARTÍN, esta disparidad de trato se debe a la existencia de una doble moral que «(...) deslegitima las acciones que instituciones como la OEA, la UE o la CPI puedan adoptar y reaviva la memoria del pasado colonial. Por su parte, la UA ha tomado la línea del doble rasero, aunque en un plano paralelo: mientras se compromete públicamente a la lucha contra la impunidad cierra filas en torno a sus Estados miembros cuando sus gobiernos en activo se ven afectados». Cfr. MARTÍN, V., ob. cit., pág. 20.

⁸³⁷ Vid. JASPERS, K., "Esquema de las distinciones", *El problema de la culpa*, Ed. Paidós, 2ª reimpresión, Barcelona, 2011, pág. 54 (traducción de Román Gutiérrez Cuartango).

III. Posición actual de ciertos países en torno al principio de universalidad

Teniendo en cuenta la actual normativa española, es de interés traer a colación la de terceros Estados a fin de identificar la tendencia imperante en estos momentos en torno al principio de universalidad.

En primer lugar, debemos apuntar que la *Repubblica Federal de Alemania* hace referencia a los crímenes internacionales en el Código Penal ó *Völkerstrafgesetzbuch* (VStGB), cuyo primer capítulo incluye el delito de genocidio (§ 6) y los crímenes contra la humanidad (§ 7); el segundo se centra en los crímenes de guerra (§ 8-12); y el tercero en dos clases de crímenes especiales (§ 13 y 14)⁸³⁸. Asimismo, debemos mencionar los artículos 152 II⁸³⁹, 160⁸⁴⁰ y 163⁸⁴¹ del Código Procesal Penal ó *Strafprozessordnung* (StPO) que hacen referencia al *Legalitätsprinzip*⁸⁴². Estos últimos preceptos constituyen el marco principal sobre el que se articula la obligación de abrir una investigación criminal por parte de las autoridades competentes en el caso de que tengan conocimiento de la perpetración de un hecho ilícito.

⁸³⁸ El artículo 13 se refiere al delito que puede cometer un comandante militar o civil cuando no cumple con su obligación de supervisar las acciones de sus subordinados ni evita que éstos cometan alguno de los delitos previstos en el VStGB, siempre que el comandante hubiera sido avisado o tuviera conocimiento de las acciones criminales realizadas por sus subordinados. Asimismo, el artículo 14 castiga a los jefes militares o civiles por no haber transmitido, a las instancias responsables de la investigación o del enjuiciamiento de ilícitos graves, la información relativa a algún acto de sus subordinados que pueda verse potencialmente involucrado en una violación de alguna de las disposiciones previstas en el VStGB.

⁸³⁹ El artículo 152 II dispone que: «Sie ist, soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist, verpflichtet, wegen aller verfolgbareren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen». La traducción es la siguiente: «Salvo que la Ley establezca lo contrario, la fiscalía estará obligada a tomar medidas en todos aquellos delitos que puedan ser procesados, siempre y cuando existan suficientes indicios».

⁸⁴⁰ El párrafo primero del artículo 160 establece que: «Sobald die Staatsanwaltschaft durch eine Anzeige oder auf anderem Wege von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält, hat sie zu ihrer Entschließung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben ist, den Sachverhalt zu erforschen». La traducción es la siguiente: «Tan pronto como la fiscalía tenga sospecha de la comisión de un delito, ya sea a través de una denuncia o por cualesquiera otros medios, deberá investigar los hechos para decidir si elevar a denuncia pública».

⁸⁴¹ El párrafo primero del artículo 163 proclama que: «Die Behörden und Beamten des Polizeidienstes haben Straftaten zu erforschen und alle keinen Aufschub gestattenden Anordnungen zu treffen, um die Verdunkelung der Sache zu verhüten. Zu diesem Zweck sind sie befugt, alle Behörden um Auskunft zu ersuchen, bei Gefahr im Verzug auch, die Auskunft zu verlangen, sowie Ermittlungen jeder Art vorzunehmen, soweit nicht andere gesetzliche Vorschriften ihre Befugnisse besonders regeln». La traducción es la siguiente: «Las autoridades y los oficiales de la policía tienen que investigar los crímenes y emprender todas las medidas necesarias sin que se produzca retraso alguno con el objeto de evitar una posible ocultación de los hechos. A dicho efecto, estarán autorizadas a solicitar información a todas las autoridades, incluso de exigirla en aquellos supuestos en los que exista peligro de dilación, así como a llevar a cabo las investigaciones necesarias, siempre y cuando no existan disposiciones legales que regulen dichas capacidades de forma específica».

⁸⁴² Artículo III de la *Grundgesetz* o Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. El *Legalitätsprinzip* garantiza, fundamentalmente, la uniformidad y la igualdad en la aplicación de la Ley.

En Alemania cabe iniciar procedimientos contra personas sospechosas de haber cometido crímenes pertenecientes a la esfera del Derecho Internacional en la medida en que se reconoce, *prima facie*, el ejercicio de la jurisdicción universal en la primera parte del VStGB (*Weltrechtsprinzip*)⁸⁴³. No obstante, existen una serie de excepciones configuradas por medio del principio de oportunidad (*Opportunitätsprinzip*) -cuya apreciación se atribuye a la fiscalía aunque requiere, en la mayor parte de los casos, la aprobación del juez- en virtud de las cuales las autoridades judiciales alemanas pueden abstenerse de entablar cargos. Esta abstención para los delitos graves aparece formulada en el apartado f del artículo 153, el cual dispone que la fiscalía puede abstenerse de formular cargos de conformidad con las secciones 6 a 14 del VStGB⁸⁴⁴.

Consecuentemente, se establecen una serie de limitaciones en la actuación judicial alemana para ciertos supuestos delictivos contemplados en el VStGB⁸⁴⁵. Concretamente, el citado apartado f del artículo 153 del StPO establece la posibilidad de no entablar acciones legales en los siguientes casos: a) que no haya sospecha de que el hecho delictivo haya sido cometido por un alemán, b) cuando la víctima no sea de nacionalidad alemana, c) cuando el sospechoso no se encuentre en Alemania ni se espere su presencia y, por último, d) en el caso de que un tribunal internacional esté juzgando los hechos o lo esté haciendo el tribunal del territorio en el que acontecieron, así como si es el tribunal de la nacionalidad del presunto autor o el de la víctima el que lo está investigando. Por lo tanto, en Alemania, el principio de universalidad se

⁸⁴³ A estos efectos, consúltese el documento publicado por GLJ, cuyo título es: *Domesticating International Criminal Law: Germany's Proposed Völkerstrafgesetzbuch (International Law Criminal Code)*. Documento disponible en: <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=31>

⁸⁴⁴ Vid. JESSBERGER, F., "Alemania", IRPL, Vol. 79 (primer y segundo trimestre), 2008, pág. 250.

⁸⁴⁵ En torno a todas estas cuestiones, BLANCO CORDERO afirma que en Alemania «(...) el margen de discrecionalidad en la persecución varía dependiendo de si se ejercita la jurisdicción universal en relación con crímenes internacionales o por crímenes basados en tratados». Cfr. BLANCO CORDERO, I., *Derecho Penal Internacional, Jurisdicción universal*, IRPL, ob. cit., pág. 111. Respecto de crímenes recogidos en tratados, el fiscal puede negarse a autorizar la persecución de los ilícitos y, por el contrario, respecto de crímenes internacionales (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra) perpetrados en el extranjero, son obligatorias la investigación y persecución. El autor citado recalca que la normativa germana concede a las autoridades domésticas la «capacidad para perseguir crímenes internacionales cometidos en el extranjero, sin que sea precisa conexión alguna con Alemania (...), pero sólo hay deber de perseguir si puede establecerse (conforme al principio de discrecionalidad en la persecución) una vinculación específica». Cfr. BLANCO CORDERO, I., *Derecho Penal Internacional, Jurisdicción universal*, IRPL, ob. cit., pág. 107. En relación con los crímenes recogidos por la normativa internacional y sometidos a la jurisdicción universal, el Tribunal Supremo Federal de Alemania ha decidido condicionar la jurisdicción de sus tribunales al establecimiento de un "vínculo legitimador". Este vínculo legitimador «se reconoce en aquellos casos en que el acusado tiene estrechos vínculos personales con Alemania (domicilio, país de residencia habitual, estrechos contactos sociales), o en casos en que Alemania ha estado directamente involucrada en el plano político o militar en un conflicto con el Estado en el que tuvo lugar la comisión del delito». Cfr. BLANCO CORDERO, I., *Derecho Penal Internacional, Jurisdicción universal*, IRPL, ob. cit., pág. 107.

encuentra fuertemente condicionado a la concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 153 *f* que, de algún modo, "diluyen" su contenido⁸⁴⁶. En definitiva, el comentado apartado proporciona a la fiscalía un amplio ámbito de discrecionalidad en el ejercicio de sus funciones, ya que puede vetar la celebración de un juicio si mantiene que el incumplimiento de alguno de los requisitos mencionados impide sostener válidamente la jurisdicción de los tribunales alemanes.

Así las cosas, cabe advertir ciertas semejanzas entre el *apartado f* del artículo 153 y el nuevo artículo 23.4 de la LOPJ, ya que ambos establecen vínculos de conexión relevantes entre el Estado y el hecho delictivo que pretende ser juzgado. Sin embargo, mientras Alemania tiene la posibilidad de no abrir un proceso si el fiscal entiende inapropiada la actuación de la justicia alemana, la legislación española establece como vinculante el cumplimiento de determinados requisitos para entablar las acciones legales oportunas, sin indicar en ningún momento la eventual contingencia germana que permite, al menos, "debatir" la cuestión.

En segundo lugar, procederemos a analizar la posición adoptada por *Francia* en torno al principio de universalidad. A estos efectos, debemos acudir al artículo 689 y siguientes del Código Procesal Penal ó *Code de Procédure Pénale* en la medida en que regulan las infracciones susceptibles de ser juzgadas por los tribunales franceses en el caso de que hayan sido cometidas fuera de su territorio e independientemente de la nacionalidad del sujeto responsable. Así, el artículo 689 dispone que: «Los autores o cómplices de los delitos cometidos fuera del territorio de la República pueden ser

⁸⁴⁶ Son más de cien los casos suspendidos por la fiscalía en torno a los cuales se cuestionó la aplicación del principio de universalidad. Uno de ellos tuvo lugar en noviembre de 2004 e implicó al ex secretario de defensa norteamericano, Donald H. Rumsfeld, por su responsabilidad en las torturas perpetradas en las prisiones controladas por Estados Unidos en Irak y en Guantánamo. Este caso fue sobreseído. Otro implicó a judíos de origen alemán que durante el régimen nazi decidieron escapar con la mala fortuna de ser posteriormente asesinados por las fuerzas de seguridad argentinas. En este asunto, la fiscalía consideró que la investigación judicial no debía continuar, ya que las víctimas no tenían nacionalidad alemana. Así las cosas, no resulta extraño que el asesinato en Argentina de la estudiante alemana Elisabeth Käsemann siguiera otros derroteros. En este asunto, el juzgado competente emitió, el 28 de noviembre de 2003, sendas órdenes de captura y detención contra cinco ex militares argentinos -entre los que se encontraba Jorge Rafael Videla y Emilio Eduardo Massera- por entender que la nacionalidad de la estudiante asesinada le otorgaba legitimidad para actuar. Más adelante, tras la revocación de las leyes argentinas de amnistía, los órganos judiciales alemanes entendieron que la muerte de Elisabeth Käsemann podía ser investigada en el lugar en el que presuntamente pereció. Sin embargo, ante la inactividad de Argentina, los tribunales alemanes decidieron promover nuevas acciones. El 2 de julio de 2008, la Corte Suprema de Argentina denegó la petición de extradición presentada por Alemania. *Vid. "Alemania: la lucha contra la impunidad a través de la jurisdicción universal"*, Amnistía Internacional, 2008, disponible en: <http://www.amnesty.org/es/library/asset/EUR23/003/2008/en/04c33c9a-19ac-410e-beeb-6aa3e45af77f/eur230032008es.pdf>

investigados y juzgados por tribunales franceses cuando, de conformidad con las disposiciones del Libro I del Código Penal u otra ley, la ley francesa resulte aplicable o cuando un convenio internacional otorgue jurisdicción a los tribunales franceses para juzgar el delito⁸⁴⁷».

Más adelante, el apartado primero del artículo 689 especifica que únicamente en el caso de que el presunto culpable se encuentre en territorio francés y sea responsable de la comisión de algún delito cometido en el extranjero que, a su vez, se encuentre previsto en alguna de las convenciones internacionales a las que se refieren los artículos siguientes, los tribunales de la República francesa se erigirán como órganos judiciales competentes (dicha disposición también se aplicará en caso de tentativa)⁸⁴⁸. Ha de puntualizarse que los artículos mencionados hacen referencia a los delitos de tortura, terrorismo, actuaciones que vulneren el convenio sobre la protección física de materias nucleares, actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, captura ilícita de aeronaves y actuaciones delictivas en aeropuertos al servicio de la aviación civil internacional, así como aquellas otras violaciones contrarias a los intereses financieros de la Comunidad Europea que se encuentren recogidos en la convención correspondiente.

Resumiendo, el artículo 689 del Código Procesal Penal galo prevé la aplicación de la jurisdicción universal cuando se advierta la comisión de hechos delictivos graves fuera de su territorio, siempre que aparezcan recogidos en las convenciones internacionales expresamente mencionadas en los diversos apartados del artículo 689⁸⁴⁹. Asimismo, el citado artículo prescribe la obligatoriedad de que el presunto sospechoso se encuentre en Francia para que los jueces puedan ejercitar válidamente las funciones que tienen encomendadas. Ello se ve corroborado en el asunto *Javor* cuando la Corte de Apelación de París determinó, en su Sentencia de 24 de noviembre de 1994, que los

⁸⁴⁷ «Les auteurs ou complices d'infractions commises hors du territoire de la République peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises soit lorsque, conformément aux dispositions du livre Ier du code pénal ou d'un autre texte législatif, la loi française est applicable, soit lorsqu'une convention internationale donne compétence aux juridictions françaises pour connaître de l'infraction».

⁸⁴⁸ «En application des conventions internationales visées aux articles suivants, peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises, si elle se trouve en France, toute personne qui s'est rendue coupable hors du territoire de la République de l'une des infractions énumérées par ces articles. Les dispositions du présent article sont applicables à la tentative de ces infractions, chaque fois que celle-ci est punissable».

⁸⁴⁹ La regulación francesa no hace referencia alguna a las disposiciones previstas en los Convenios de Ginebra -a pesar de que el artículo 55 de la Constitución de 1958 fija la superioridad de los tratados debidamente ratificados y aprobados sobre el derecho nacional- ni a otros crímenes de guerra -que sólo pueden ser perseguidos conforme a las disposiciones ordinarias del Código Penal-.

tribunales franceses no tenían competencia para juzgar los graves hechos acaecidos en distintos campos de concentración serbios en 1992 (en *Kozarac* y otras localidades vecinas), ya que los presuntos responsables no se encontraban en Francia. Sobre esta cuestión, el ex ministro de asuntos exteriores, Ronny Abraham, determinó que las autoridades judiciales francesas tan sólo son competentes para juzgar actos ocurridos en el extranjero y contra víctimas extranjeras cuando el sospechoso se encuentre en Francia en el momento en el que se inician las actuaciones judiciales, esto es, en la fecha de la requisitoria fiscal, y no en un momento posterior⁸⁵⁰. Esta condición -lógica para muchos- limita el ejercicio de la jurisdicción universal en Francia.

En el mismo orden de ideas, conviene traer a colación los artículos 211 y siguientes del *Code Pénal* (Código Penal francés) -ubicados en el Título I (titulado *Des crimes contre l'humanité et contre l'espèce humaine*) que a su vez se encuentra previsto en el Libro II denominado *Des crimes et délits contre les personnes* (Los crímenes y delitos contra las personas)-, puesto que hacen referencia al delito de genocidio (artículo 211-1 y 211-2) y a otros crímenes contra la humanidad (artículo 212-1, 212-2 y 212-3)⁸⁵¹. El Código Penal francés se convierte, pues, en una herramienta muy útil para la persecución de graves crímenes, ya que introduce una definición amplia de lo que debe entenderse por crímenes contra la humanidad y, además, especifica y regula el delito de genocidio⁸⁵². De todos modos, ello no supone el reconocimiento automático de la jurisdicción universal sobre tales delitos. Autores como CHERIF BASSIOUNI han mostrado cierto escepticismo en este sentido, puesto que consideran que los artículos 211-1 y el 212-2 no incluyen ninguna referencia a la citada jurisdicción⁸⁵³.

⁸⁵⁰ Sus palabras fueron literalmente las siguientes: «D'une part, il ne peut y avoir de compétence du juge français pour des faits commis à l'étranger par des étrangers et sur des victimes étrangères qu'à la condition que le suspect soit présent sur le territoire français au moment de l'engagement des poursuites, c'est-à-dire à la date du réquisitoire du procureur et non pas postérieurement (...)». Véase la audiencia pública celebrada el 29 de abril del año 2003, ante la CIJ, sobre un caso que enfrentaba a la República Francesa con la República del Congo. Documento disponible en la página web de la CIJ:

<http://www.icj-cij.org/docket/files/129/4103.pdf?PHPSESSID=bcc73049b5d533087b13bde84a4af074>

⁸⁵¹ OLLÉ SESÉ considera que el sistema jurídico galo emplea la expresión relativa a "crímenes contra la humanidad" para hacer referencia de forma genérica a todos los ilícitos graves que prevé el Derecho Internacional. *Vid.* OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal para los...*, *ob. cit.*, pág. 458.

⁸⁵² Según RATNER y ABRAMS, el delito de genocidio se encuentra desarrollado en Francia como en Estados Unidos, abarcando conductas extraterritoriales no contempladas expresamente por el Convenio sobre el genocidio. *Vid.* RATNER, S., Y ABRAMS, J., *ob. cit.*, pág. 179.

⁸⁵³ CHERIF BASSIOUNI afirma que pese a que el Código Penal francés define el genocidio y los crímenes contra la humanidad, no se establecen disposiciones específicas en torno a la jurisdicción universal. Sin embargo, a su modo de ver, es posible deducir por implicación que la legislación francesa sí la dispone. *Vid.* CHERIF BASSIOUNI, M., *Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea*, *VJILA*, *ob. cit.*, pág. 49.

Asimismo, resulta oportuno destacar las Leyes 95-1 (de 2 de enero de 1995)⁸⁵⁴ y 96-432 (de 22 de mayo de 1996)⁸⁵⁵ en la medida en que otorgan competencia a los tribunales franceses para ejercitar jurisdicción universal sobre crímenes graves cometidos en la vieja Yugoslavia o en Ruanda (y en territorios vecinos) de acuerdo con las Resoluciones 827 (1993) y 955 (1994) del Consejo de Seguridad de la ONU. Dichas Leyes establecieron el ejercicio de la justicia universal en relación con crímenes contra la humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos desde el año 1991 en la ex Yugoslavia y durante el año 1994 en Ruanda (o por ruandeses en países vecinos).

Consecuentemente, la regulación francesa incorpora -además de desarrollar el tipo penal de ciertos delitos graves- el principio de universalidad sobre determinadas ofensas con base en las obligaciones contenidas en los tratados, siempre que el presunto responsable se halle en territorio francés. Según algunos, esta regulación presenta importantes limitaciones que hacen que únicamente sea posible sostener el carácter absoluto del citado principio cuando los órganos judiciales franceses se encuentren ante crímenes graves cometidos en la ex Yugoslavia y en Ruanda⁸⁵⁶. Así, en el asunto *Munyeshyaka*, la Corte de Casación concluyó, en enero de 1998, que al ser el acusado un sacerdote ruandés -Wenceslas Munyeshyaka- culpable de delitos de tortura -y no sólo de genocidio como se pensó en un principio ante la Corte de Apelación de Nimes, la cual se declaró incompetente para juzgar el asunto-, los tribunales franceses eran competentes para juzgar los hechos aunque hubiesen sido cometido en el extranjero y por un sujeto con nacionalidad distinta a la francesa, de conformidad con el artículo 689-2 que establece la jurisdicción universal para esta clase de delitos⁸⁵⁷.

Sea como fuere, no cabe apreciar grandes diferencias entre la actual regulación francesa y la española en el ámbito de la persecución de graves ilícitos, ya que coinciden en determinar que la presencia del acusado en el territorio es fundamental

⁸⁵⁴ Documento disponible en:

<http://admi.net/jo/19950103/JUSX9400074L.html>

⁸⁵⁵ Documento disponible en:

<http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000742868>

⁸⁵⁶ Véase el documento elaborado por la organización *International Federation for Human rights* que se titula: *Implementing the principle of universal jurisdiction in France*. Dicho documento fue publicado el 26 de mayo de 2006 y se encuentra disponible en:

<http://www.fidh.org/Implementing-the-principle-of-universal>

⁸⁵⁷ Información disponible en la página web de la CIJ:

<http://www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/7/765.html>

Según PIGRAU SOLÉ, los hechos cometidos por Wenceslas Munyeshyaka se «(...) encardinan en el delito de tortura para el que sí existía jurisdicción universal». Cfr. PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución...*, ob. cit., pág. 47.

para ejercitar la jurisdicción universal. No obstante, el requerimiento de la presencia del sospechoso ha sido interpretado en Francia de un modo un tanto desconcertante en la Sentencia condenatoria de 1 de julio de 2005 -la cual fijó una pena de 10 años de prisión contra el oficial mauritano Ely Ould Dah, acusado de cometer torturas y actos de barbarie durante los años 1990 y 1991-, ya que fue dictada *in absentia*⁸⁵⁸.

En tercer lugar, pasaremos a analizar la perspectiva de *Canadá* durante esta última década⁸⁵⁹. Para ello debemos destacar que la implementación del Estatuto de Roma provocó, en el año 2000, la aprobación de una ley relativa a graves crímenes denominada: *Crimes Against Humanity and War Crimes Act* (Ley sobre crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra)⁸⁶⁰. Ésta se caracteriza por otorgar competencia a los tribunales canadienses sobre graves hechos ocurridos fuera del territorio de los Estados firmantes del citado Estatuto, independientemente del momento en el que sean cometidos⁸⁶¹.

Para más información, el artículo 6 de la referida Ley del año 2000 -que hace referencia a los crímenes contra la humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos fuera del espacio territorial de Canadá- establece que el presunto responsable

⁸⁵⁸ Según la CIJ, este asunto implicó el reconocimiento de la jurisdicción universal en Francia: «The decision reaffirms the universal jurisdiction of the French courts to judge the crime of torture through the application of the 1984 Convention Against Torture, without consideration to the place where the crimes were committed or the nationality of the presumed perpetrator. On 17 March 2009, the European Court of Human Rights declared that France had exercised its jurisdiction according to the European Convention on Human Rights. Moreover, the court considered the prohibition of torture as a peremptory norm under international law (jus cogens) so the Mauritanian amnesty law did not preclude France from trying Ely Ould Dah». Cfr. Documento titulado: "Ely Ould Dah", publicado el 23 de octubre de 2002 y disponible en la página web de la CIJ: <http://www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/8/891.html>

⁸⁵⁹ Una actuación destacada de los órganos judiciales canadienses en las últimas décadas fue la que tuvo lugar a raíz del asunto *Finta*. Imre Finta, nacional canadiense de origen húngaro, fue acusado de cometer crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra por secuestro, detención ilegal, robo, y homicidio de ocho mil seiscientos diecisiete judíos en el campo de concentración de Szeged, en Hungría. El Tribunal Supremo se pronunció sobre este asunto y dictó una sentencia, el 24 de marzo de 1994, en virtud de la cual el acusado quedaba absuelto. Éste fue el único intento de condenar a un criminal nazi en Canadá. Información disponible en: http://archives.cbc.ca/war_conflict/war_crimes/topics/1435-9267/

⁸⁶⁰ Documento disponible en la página web del departamento de justicia de Canadá: <http://laws.justice.gc.ca/en/C-45.9/index.html>

⁸⁶¹ TORROJA MATEU afirma que la *Crimes Against Humanity and War Crimes Act* ha ayudado al juez canadiense de la siguiente manera: «(...) afirmando que los crímenes del Estatuto de Roma pueden ser ("may be") crímenes conforme a la costumbre internacional antes de la fecha de adopción del Estatuto (art. 6.4 de la Ley). Y lo completa afirmando que para mayor certeza los crímenes contra la humanidad formaban parte de la costumbre internacional o de los principios generales del derecho antes de la entrada en vigor de los instrumentos por los que se crearon los Tribunales de Nuremberg y de Tokio. Con esta disposición se resuelve legalmente la controvertida cuestión de la operatividad en el Derecho Internacional del principio de irretroactividad de la ley penal». Cfr. TORROJA MATEU, H., "La competencia de la jurisdicción canadiense en materia de crímenes de Derecho Internacional: el trayecto hacia un *refugio inseguro*", REEI, nº 11, 2006, pág. 23. Artículo disponible en: [http://www.reei.org/reei%2011/H.Torroja\(reei11\).pdf](http://www.reei.org/reei%2011/H.Torroja(reei11).pdf)

podrá ser juzgado de acuerdo con lo previsto en el artículo 8 si en el momento de la comisión del acto ilícito era ciudadano canadiense o empleado por Canadá en calidad de civil o militar, así como si era ciudadano de un Estado involucrado en un conflicto armado contra Canadá o empleado en calidad de civil o militar por ese mismo Estado "enemigo". También serán competentes los órganos judiciales canadienses si la víctima del delito era ciudadano canadiense o si era ciudadano de un Estado aliado con Canadá en un conflicto armado. Asimismo, serán competentes los referidos órganos si después de haberse cometido el grave delito la persona responsable se encuentra en Canadá.

Consecuentemente, el artículo 8 regula el principio de nacionalidad activa y pasiva, junto con la posibilidad de que los órganos judiciales canadienses juzguen un caso independientemente de la nacionalidad de las personas implicadas y del lugar en el que el hecho delictivo haya tenido lugar, supeditándolo únicamente -como lo hace el sistema judicial francés- a que el responsable o sospechoso se encuentre en su espacio territorial. Asimismo, el artículo 9 establece que Canadá podrá enjuiciar los delitos anteriormente mencionados, independientemente -según parece indicar el apartado primero de esta sección- del lugar en el que se encuentre el presunto responsable. No obstante, al margen de la literalidad del párrafo primero del citado artículo, parece ser que no existen dudas en torno al requisito que exige la presencia del culpable en el momento de iniciar la investigación de un caso. De hecho, algunos autores indican que interpretar el artículo 9.1 como una vía que permite la no presencia del acusado en el inicio de un proceso carece de sentido. En este sentido, TORROJA MATEU afirma que resulta adecuado «(...) considerar que es necesario un nexo con Canadá y en estos casos la presencia [del sospechoso] es determinante⁸⁶²». Además, el apartado 3 del artículo 9 establece que para los delitos contemplados en el artículo 6 será necesaria la aprobación escrita del fiscal general (*Attorney General* o *Deputy Attorney General*)⁸⁶³. En definitiva, la jurisdicción universal en Canadá requiere la presencia del imputado en su

⁸⁶² Cfr. TORROJA MATEU, H., *ob. cit.*, pág. 25.

⁸⁶³ Muchos de los países que forman parte del *Common Law* contemplan el consentimiento del fiscal general como un elemento ineludible a la hora de dar comienzo a ciertos procesos. Esta condición genera, a nuestro modo de ver, "inquietud" en la medida en que puede mermar el contenido y la esencia del principio de universalidad, ya que el fiscal puede tomar en consideración circunstancias ajenas a los valores que inspiran el referido principio, especialmente si su nombramiento corresponde al gobierno. La posición de Nueva Zelanda resulta un tanto paradigmática, puesto que permite la realización de ciertas actuaciones antes de obtener el consentimiento del fiscal general de conformidad con el artículo 13 de la *International Crimes and International Criminal Court Act* -el referido precepto establece que la persona presuntamente responsable de cometer un acto ilícito grave puede ingresar en prisión preventiva o encontrarse en libertad bajo fianza aún cuando no se haya obtenido el consentimiento del fiscal general-.

territorio, así como la consiguiente aprobación del Fiscal General o de su segundo.

Todo ello lleva a TORROJA MATEU a declarar que Canadá constituye un supuesto de «*middle road position on universal jurisdiction*»⁸⁶⁴ que no presenta excesivas semejanzas con el ordenamiento jurídico español -aunque ambos coinciden en exigir la presencia del presunto culpable en su territorio-, ya que nuestro sistema no cuenta con la polémica figura del fiscal general que, desde nuestro punto de vista, puede suscitar cierta polémica ante las posibles interferencias políticas que éste pueda llevar a cabo. De todos modos, a pesar del carácter limitado de la jurisdicción universal en Canadá, cabe mencionar el primer juicio que dio lugar a una sentencia condenatoria en relación graves crímenes: el asunto *Munyaneza*. En este caso, el órgano de primera instancia de Montreal asumió su competencia para juzgar a Désiré Munyaneza, nacional ruandés residente en Toronto, por haber cometido crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio. Finalmente, el 29 de octubre de 2009, fue condenado a cadena perpetua⁸⁶⁵.

Asimismo, analizaremos a continuación la postura que adopta *Reino Unido* respecto al principio de universalidad. A estos efectos, debemos poner de relieve la importancia de la Sección 134 de la *Criminal Justice Act* de 1988, puesto que permite la aplicación de la Convención contra la Tortura de forma ilimitada por parte de los tribunales británicos; en otras palabras, a través de dicha Ley se autoriza el ejercicio de la jurisdicción universal sobre el tipo penal de la tortura en el Reino Unido. De otra parte, la posibilidad de que los citados órganos judiciales actúen en relación con los crímenes de guerra contemplados en las cuatro Convenciones de Ginebra y el primer protocolo adicional surge con la aprobación, en 1957, de la *Geneva Conventions Act*. Finalmente, por medio de la entrada en vigor de la *International Criminal Court Act*, en el año 2001⁸⁶⁶, los crímenes contra la humanidad y el genocidio pueden ser también juzgados en el Reino Unido.

El artículo 51 de la mencionada Ley de 2001 regula tanto el delito de genocidio, como los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra ocurridos no sólo en Inglaterra y Gales, sino también fuera de los mencionados territorios, bajo la condición

⁸⁶⁴ Cfr. TORROJA MATEU, H., *ob. cit.*, pág. 25.

⁸⁶⁵ Información disponible en la página web de la CIJ:
<http://www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/10/673.html>

⁸⁶⁶ Documento disponible en:
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/17/contents>

de que hayan sido cometidos por un nacional británico, un residente británico o por una persona sujeta a jurisdicción británica. Se advierte, por tanto, que serán competentes los tribunales británicos para conocer y juzgar graves crímenes cuando sea posible establecer un vínculo de unión a través de la nacionalidad del presunto responsable. En definitiva, el precepto citado recoge el principio de personalidad activa.

Asimismo, como en Canadá, el Reino Unido establece la intervención del fiscal general⁸⁶⁷ en relación con los delitos de tortura y con los ilícitos contemplados en la *War Crimes Act* (1991)⁸⁶⁸, así como en la *International Criminal Court Act* (2001). Dicha intervención se produce como consecuencia de la aprobación, en 1985, de la *Prosecution of Offences Act*. A pesar del apartado segundo de la sección 25 de esta Ley -la cual prevé la actuación del fiscal para iniciar la investigación por ofensas contrarias a la legislación británica-, existe la posibilidad de que el magistrado emita una orden de arresto a) si considera que existen indicios razonables que le hagan sospechar que el hecho delictivo en cuestión ha sido cometido de conformidad con la legislación que regula los crímenes graves, b) si existen sólidas evidencias que determinen claramente los elementos de la presunta ofensa ó c) si cuenta con la competencia necesaria para emitir una orden de arresto tras haber descartado cualquier elemento posible de inmunidad.

Al margen de las consideraciones anteriores, conviene destacar la práctica judicial del Reino Unido en torno al principio de universalidad con el objeto de esclarecer su verdadero alcance. Destacamos, pues, la importancia del asunto *Pinochet*. Como ya se sabe, en octubre de 1998, la policía británica detuvo -tras la orden de arresto emitida por las autoridades españolas- al ex dictador chileno Augusto Pinochet, en Londres, convirtiéndose dicho acto en una marca irrefutable del avance y el reconocimiento progresivo del principio de universalidad, pese a que la extradición no

⁸⁶⁷ Como ya se dijo, la intervención del fiscal genera cierto temor. De hecho, el Consejo de Europa, en una resolución de septiembre de 2009, pone el acento en la necesidad de que esta figura actúe sin que se produzca ningún tipo de interferencia en el ámbito político. Véase el documento titulado: "*Allegations of politically motivated abuses of the criminal justice system in Council of Europe member states*"; disponible en: <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta09/ERES1685.htm>

⁸⁶⁸ La citada Ley de 1991 fue aplicada una sola vez a un caso que culminó con la cadena perpetua del acusado Anthony Sawoniuk, responsable de cometer crímenes de guerra en la Unión Soviética durante la Segunda Guerra Mundial.

fue finalmente concedida ni hubo una sentencia final condenatoria⁸⁶⁹. Así pues, el primer asunto británico celebrado con éxito y a la luz del referido principio tuvo lugar varios años después. Se trata del asunto *Zardad* que culminó con una sentencia condenatoria⁸⁷⁰.

En el país británico, el carácter controvertido del principio de universalidad queda plasmado en el asunto *Livni*. Todo comienza en diciembre de 2009 cuando un juzgado de Londres emite una orden de arresto contra Tzipi Livni, acusándola de cometer crímenes de guerra en la franja de Gaza durante la operación *Plomo Fundido* que tuvo lugar entre los años 2008 y 2009. La orden fue revocada el 14 de diciembre de ese mismo año en el momento en el que se tuvo conocimiento de que la presunta autora de los hechos no había entrado en territorio británico. Esta orden de detención fue tildada de "cínica" por las autoridades israelíes⁸⁷¹. De hecho, desde que dicha orden fue cursada, no dejaron de emitirse quejas por parte de los altos mandatarios israelíes que miraban con recelo la actuación de los tribunales británicos⁸⁷². No hay duda, pues, de que hubo una fuerte presión por parte del Estado de Israel, como en su día la hubo en España, para que la regulación fuera debidamente modificada.

Ante tales circunstancias, el entonces ministro de asuntos exteriores y de la *Commonwealth* emitió el siguiente comunicado: «el Reino Unido está resuelto a hacer todo lo que pueda para promover la paz en Oriente Próximo y para ser un socio estratégico de Israel. Para hacerlo, los líderes de Israel necesitan la capacidad de venir al Reino Unido para conversaciones con el gobierno británico. Estamos analizando urgentemente las implicaciones de este caso⁸⁷³». Además, el ex primer ministro, Gordon Brown, dijo a Tzipi Livni que se oponía por completo a la orden de arresto emitida por la justicia británica y se comprometía a trabajar para cambiar la ley con el objeto de

⁸⁶⁹ Según PIGRAU SOLÉ, Reino Unido no cuestionó la capacidad de España de pedir la extradición con base en el principio de universalidad, lo cual no deja de ser un dato llamativo. *Vid.* PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución...*, *ob. cit.*, pág. 54.

⁸⁷⁰ El 19 de julio de 2005, Faryadi Zardad, líder militar afgano, fue acusado de cometer actos de tortura y proceder a la toma de rehenes en Afganistán entre los años 1991 y 1996. *Vid.* *BBC News*, 18 de julio de 2005. Información disponible en: http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/4693239.stm

⁸⁷¹ *Vid.* *BBC News*, 15 de diciembre de 2009. Información disponible en: http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/8413234.stm

⁸⁷² Anteriormente, en octubre de 2009, el ex militar Moshe Yaalon canceló su visita a Reino Unido ante el temor de que fuera acusado de cometer crímenes de guerra. En ese mismo momento, se intentó cursar una orden de arresto contra el ministro de defensa Ehud Barak. Ya en el año 2005 se emitió una orden contra el líder israelí de las fuerzas armadas de la Franja de Gaza: Doron Aling. Éste recibió las oportunas advertencias antes de desembarcar de su avión en el aeropuerto de Heathrow por lo que decidió regresar inmediatamente a Israel. *Ibidem.*

⁸⁷³ *Vid. Supra.* Nota 871.

poner fin a este tipo de actuaciones judiciales⁸⁷⁴. Todo ello causó un gran revuelo en el ámbito jurídico⁸⁷⁵. Finalmente, el secretario de justicia británico, Jack Straw, pospuso la referida reforma una vez pasadas las elecciones británicas del 6 de mayo de 2010⁸⁷⁶. Tras la victoria electoral de los conservadores, se pusieron en marcha los mecanismos para realizar los cambios legislativos pertinentes en torno al principio de universalidad. Así, en noviembre de 2010, se adoptó el documento titulado: *Police Reform and Social Responsibility Bills*, el cual restringe -en el artículo 151- las posibilidades de emitir un orden de detención por parte de un juez británico ante la comisión de graves ilícitos⁸⁷⁷. Todo indica, pues, que la posición tradicional del Reino Unido favorable a ejercitar -bajo tasadas circunstancias- el principio de universalidad, ha cambiado drásticamente en los últimos tiempos.

Por último, pasaremos a comentar la postura mantenida por *Bélgica*. Para ello debemos traer a colación la Ley de 10 de febrero de 1999 que, como se sabe, reformó la Ley de 16 de junio de 1993⁸⁷⁸, estableciendo -en su artículo 7- la competencia de los tribunales belgas independientemente del lugar en el que hubieran acontecido los hechos delictivos y al margen de que el presunto autor se encontrara en el extranjero. Por consiguiente, la citada ley permitió la celebración de numerosos juicios con base en el amplio marco aplicativo de la jurisdicción universal que ésta contemplaba⁸⁷⁹. A este respecto, PIGRAU SOLÉ afirma que Bélgica ha sido el país donde más personas han sido

⁸⁷⁴ Vid. *The Guardian*, 16 de diciembre de 2009. Información disponible en:

<http://www.guardian.co.uk/world/2009/dec/16/tzipi-livni-israel-arrest-warrant>

⁸⁷⁵ MALCHOVER, abogado especialista en derechos humanos, redactó una carta -publicada en el periódico *The Guardian*- en la que ponía de relieve su preocupación ante la posibilidad de que se produjera un cambio en la regulación británica sobre el principio de universalidad, haciéndose las siguientes preguntas tras las quejas efectuadas por el Estado de Israel: «Who is a prime minister, foreign secretary, or any other member of the executive to apologise for the actions of another organ of state over which they should have no control?». Cfr. MALCHOVER, D., "Attempts to Limit Universal Jurisdiction in the UK", publicado por *The Alternative Information Center* el 28 de enero de 2010 y disponible en:

<http://www.alternativenews.org/english/index.php/topics/news/2410-attempts-to-limit-universal-jurisdiction-in-the-uk>

⁸⁷⁶ Información disponible en: <http://www.thejc.com/news/uk-news/29130/straw-no-arrest-law-change-until-after-election>

⁸⁷⁷ Documento disponible en:

<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201011/cmbills/116/11116.pdf>

⁸⁷⁸ Esta Ley dio pie a la apertura de un juicio contra Pinochet. El juez instructor belga dictó una decisión, el 6 de noviembre de 1998, en virtud de la cual rechazaba la inmunidad del acusado, afirmando la aplicabilidad de la Ley de 1993 respecto de hechos delictivos perpetrados con anterioridad a su adopción y determinando a su vez la perseguibilidad de los crímenes contra la humanidad de conformidad con el Derecho Internacional consuetudinario.

⁸⁷⁹ Un caso relevante fue la orden de detención emitida contra el entonces ministro de asuntos exteriores de la República Democrática del Congo, Yerodia Abdoulaye Ndombasi, que dio lugar a un conflicto ante la CIJ. Vid. *Infra*. Capítulo siete. También resulta destacable el juicio sobre la matanza acaecida en los campos de concentración de Sabra y Chatila en el que varios dirigentes israelíes fueron demandados (entre ellos Ariel Sharon). Vid. *Supra*. Págs. 101 y ss.

juzgadas a través de la jurisdicción universal⁸⁸⁰. En este orden de ideas, conviene plasmar que muchos de los juicios celebrados ante las autoridades judiciales belgas estuvieron acompañados de una fuerte polémica, ya que algunos culpables eran nacionales de Estados poderosos como Israel⁸⁸¹.

Como era de esperar, se produjo un cambio legislativo en abril de 2003 con el propósito de reducir el extenso marco aplicativo de la Ley de 1999⁸⁸². La nueva normativa prevé la intervención del fiscal general en ilícitos cometidos más allá del espacio territorial belga, siempre que sean cometidos por extranjeros y en contra de personas con nacionalidad distinta a la belga⁸⁸³. Además, introduce otro filtro conocido como "*cláusula Bush*": la posibilidad de que el ministro de justicia ante tales circunstancias comunique -después de una decisión deliberada en el seno del Consejo de Ministros- los hechos al Estado de la nacionalidad del autor (en ese caso el Tribunal Supremo pondrá fin a la jurisdicción belga tras verificar que no hay ningún error acerca de la identidad del sospechoso)⁸⁸⁴. Resulta interesante destacar que esta modificación legislativa fue fundamentalmente consecuencia de la presión ejercida por Estados preocupados ante la posibilidad de que sus nacionales fueran juzgados algún día por jueces belgas. Estados Unidos fue, sin duda, uno de los que más presionó en este sentido⁸⁸⁵.

En cualquier caso, la enmienda legislativa de 2003 no impidió que se pronunciaran sentencias condenatorias sobre delitos graves. Así, el 5 de julio de 2007, los tribunales belgas declararon culpable a Bernard Ntuyahaga, mayor del ejército de Ruanda, sospechoso del asesinato de diez soldados belgas miembros de una misión de la ONU⁸⁸⁶. Asimismo, Ephrem Nkezabera, director del Banco Comercial de Ruanda y miembro de la milicia hutu *Interhamwe*, fue detenido en el año 2004, en Bélgica, por delitos de guerra y genocidio. El juicio comenzó el 9 de noviembre de 2009 y, a pesar de su ausencia por razones médicas, fue declarado culpable el 1 de diciembre de 2009. El 6 de enero de 2010, Nkezabera apeló esta sentencia y el tribunal de apelación

⁸⁸⁰ Vid. PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución...*, ob. cit., pág. 41.

⁸⁸¹ Vid. *Supra*. Nota 879.

⁸⁸² Vid. LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, M.E., ob. cit., pág. 841.

⁸⁸³ Vid. VANDERMEERSCH, D., "Bélgica", IRPL, Vol. 79 (primer y segundo trimestre), 2008, pág. 5.

⁸⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁸⁵ Vid. *Supra*. Pág. 105 y ss.

⁸⁸⁶ Vid. PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución...*, ob. cit., pág. 41.

anunció la apertura de un nuevo proceso con el fin de permitir la asistencia del imputado al juicio. Su muerte, el 24 de mayo de 2010, puso fin al procedimiento⁸⁸⁷.

Examinada la regulación del principio de universalidad en otros Estados, podemos argumentar que, en la actualidad, éste tiene un alcance limitado. Por un lado, Francia, como se ha podido comprobar, ha optado por articular un reducido principio de universalidad en la medida en que recae sobre un grupo estricto de ilícitos. De otra parte, Canadá se muestra, *prima facie*, algo más indulgente que Francia en torno al marco aplicativo del citado principio. Sin embargo, la regulación canadiense que recoge un amplio abanico de delitos sobre los cuales es posible aplicar la jurisdicción universal, se ve finalmente condicionada por la necesaria aprobación del fiscal general en la celebración de todo proceso que implique juzgar graves crímenes. Algo parecido sucede en Bélgica y en otros países. En consecuencia, algunos Estados se decantan por "filtrar" la entrada de asuntos desde el primer momento atendiendo a la naturaleza del ilícito, frente a otros que se muestran abiertos para conocer y juzgar todo tipo de actuaciones graves aunque requieren la aprobación de una instancia superior, como la del fiscal general, susceptible -a nuestro modo de ver- de ser políticamente mediatizada. Por otro lado, otros países, como España, han decidido modificar su regulación con el objeto de establecer conexiones relevantes con ilícitos graves. Sea como fuere, cabe extraer una nota común de los anteriores párrafos: los países que han contemplado una regulación generosa en torno al principio de universalidad se han visto presionados por países especialmente poderosos para modificar su legislación.

Esbozada más o menos la situación, no debemos negar el irrefutable hecho de que el principio de universalidad se encuentra perpetuamente "bajo los focos" -sometido a un debate constante-, ya que su utilización no deja de traer consigo una fuerte polémica. En este sentido, resulta palpable la escasa devoción que le profesan las altas personalidades de aquellos países, tradicionalmente, posicionados a su favor. En otras palabras, la pérdida de adeptos entre las autoridades estatales en torno a la justicia universal es un hecho. Sin embargo, ello no debe desanimar a quienes luchan para que la defensa de los derechos humanos y la sanción de los actos más violentos sea una prioridad para la comunidad internacional que, ante todo, debe ser justa y comprometida

⁸⁸⁷ Información disponible en:

http://www.trial-ch.org/es/recursos/trial-watch/trial-watch/perfil.html?tx_jbtrial_pi2%5Btab%5D=facts&tx_jbtrial_pi2%5Bprofile%5D=ephrem_nkezabera_627&cHash=90e5b686d2

con las personas que sufren o han sufrido los más crueles tratos, recordando que el principio de universalidad es una herramienta legal e indispensable a tal efecto.

Capítulo seis:

La Corte Penal Internacional y la competencia universal

«Durante casi medio siglo -casi tan largo como la existencia de Naciones Unidas- la Asamblea General ha reconocido la necesidad de establecer un tribunal para enjuiciar y castigar a las personas responsables de crímenes como el genocidio. Muchos pensaron, sin duda, que los horrores de la Segunda Guerra Mundial -los campos, la crueldad, el exterminio, el Holocausto- nunca podrían volver a suceder. Y, sin embargo, ya ha vuelto a ocurrir. En Camboya, en Bosnia-Herzegovina, en Ruanda. Nuestro tiempo (...) nos ha demostrado que la capacidad del hombre para el mal no tiene límites. El genocidio -la destrucción de todo un pueblo sobre la base de los orígenes étnicos o nacionales- es ahora una palabra de nuestro tiempo, así como una realidad atroz que exige una respuesta histórica. (...) La Corte Penal Internacional es el símbolo de nuestra mayor esperanza para esta unidad de paz y justicia. Es una parte vital de un nuevo sistema de protección internacional de derechos humanos. Se asegurará de que los delincuentes sospechosos de genocidio en cualquier país podrán ser juzgados y condenados⁸⁸⁸»

⁸⁸⁸ Discurso pronunciado por Kofi Annan, ex secretario general de la ONU, en la apertura de la Comisión de Preparación para la creación de la CPI, en Nueva York, el 16 de febrero de 1999. Documento disponible en: <http://www.ngos.net/un/icc.html>

«For nearly half a century -almost as long as the United Nations has been in existence- the General Assembly has recognized the need to establish such a court to prosecute and punish persons responsible for crimes such as genocide. Many thought, no doubt, that the horrors of the Second World War -the camps, the cruelty, the exterminations, the Holocaust- could never happen again. And yet they have. In Cambodia, in Bosnia and Herzegovina, in Rwanda. Our time (...) has shown us that man's capacity for evil knows no limits. Genocide -the destruction of an entire people on the basis of ethnic or national origins- is now a word of our time, too, a heinous reality that calls for a historic response. (...) The international criminal court is the symbol of our highest hopes for this unity of peace and justice. It is a vital part of an emerging system of international human rights protection. It will ensure that indicted criminals suspected of genocide in any country can be tried and convicted».

La adopción del Estatuto de Roma, el 17 de julio de 1998, en virtud del cual se creó la CPI⁸⁸⁹ supuso el establecimiento de una jurisdicción penal internacional con carácter permanente. En la votación final, el Estatuto contó con ciento veinte votos a favor, siete en contra⁸⁹⁰ y veintiuna abstenciones. Por lo tanto, a pesar de las posturas negativas y las fuertes amenazas -en forma de sanciones contra cualquier Estado que apoyara la creación de dicha Corte- emitidas por el Senado de Estados Unidos y altos representantes del Pentágono⁸⁹¹, todos los miembros de la UE y otros aliados de Estados Unidos votaron a favor del Estatuto, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de julio de 2002⁸⁹².

En general, no hay duda acerca del gran logro alcanzado por gran parte de la

⁸⁸⁹ La Corte nace como un tribunal de justicia ajeno e independiente de la ONU. *Vid.* GUTIÉRREZ ESPADA, C., "La Corte Penal Internacional (CPI) y las Naciones Unidas. La discutida posición del Consejo de Seguridad", ADI, XVIII, 2002, pág. 6.

⁸⁹⁰ Estados Unidos, Rusia, China, India, Israel, Cuba e Irak fueron los países que votaron en contra. *Vid.* FERENCZ, B., "From Nuremburg to Rome: A Personal Account", 2004; documento disponible en:

<http://www.benferencz.org/index.php?id=4&article=38>

La principal animadversión de Estados Unidos para con la CPI se sustenta en el hecho de que, a través de su Estatuto, podrá investigar y perseguir al personal civil y militar norteamericano implicado en la comisión de graves crímenes acaecidos en el territorio de un Estado parte o de un tercer Estado que haya admitido puntualmente su competencia para un asunto concreto. *Vid.* REMIRO BROTONS, A., *et. al.*, *Derecho Internacional*, *ob. cit.*, pág. 1.244. Así las cosas, DIDEROT PAULINO no se extraña de la declaración emitida por el congresista norteamericano Jesse Helms: «(...) con el establecimiento de una Corte Penal Internacional cada vez más cerca, la amenaza de que los soldados y oficiales estadounidenses puedan ser algún día aprehendidos, extraditados y juzgados por crímenes de guerra es cada vez mayor». *Cfr.* DIDEROT PAULINO, V., "Política Norteamericana en relación a la Corte Penal Internacional", COLADIC, Vol. 30 (abril-mayo), 2007, pág. 3. Documento disponible en:

http://www.coladic-rd.org/cms/wp-content/uploads/2008/07/vp_posicion_eeuu_cpi150407.pdf

China, inclinada a mantener sus tradiciones más antiguas, no ha deseado ceder bajo ningún concepto sus derechos soberanos. Israel también se ha opuesto al funcionamiento de la Corte, ya que teme que ésta reciba presiones políticas que desvirtúen la interpretación de ciertas disposiciones del Estatuto. *Vid.* FERENCZ, B., *From Nuremburg to Rome: A Personal Account*, *ob. cit.*

⁸⁹¹ Estados Unidos no se ha limitado a no firmar el Estatuto de Roma, sino que también ha potenciado la celebración de los Acuerdos Bilaterales de Inmunidad en virtud de los cuales los ciudadanos estadounidenses cuando son requeridos por la CPI y se encuentran en el territorio de un Estado que los ha ratificado, el Estado en cuestión tendrá la obligación de devolverlo a Estados Unidos. DIDEROT PAULINO indica que en el año 2006 existían casi cien países que habían firmado los citados Acuerdos Bilaterales, de los cuales cuarenta y tres eran Estados partes del Estatuto de Roma; otros cincuenta y seis países rechazaron la firma de los mismos y, en consecuencia, a dieciocho de esos Estados se les aplicó una ley especial según la cual se les denegaba el acceso a fondos norteamericanos para la formación de sus fuerzas armadas. *Vid. Supra.* Nora 453. Se trata de la *American Service-members' Protection Act*, la cual impide el acceso a los fondos del *International Military and Training*. *Vid.* DIDEROT PAULINO, V., *ob. cit.*, págs. 3 y 4. De todos modos, el restablecimiento de los mismos tuvo lugar poco tiempo después tras comprobar que ello podría ir no sólo en detrimento de sus relaciones con los países sancionados, sino que además podría significar la entrada de otras potencias emergentes -y muy poderosas- en sus mercados. FERENCZ advierte que la oposición de Estados Unidos hacia la Corte sigue siendo evidente hoy en día, ya que el presidente norteamericano Barack Obama, en el momento en el que recibió el premio Nobel de la paz, no hizo mención alguna a la importante misión que ésta desempeña -momento que, según creemos, sirvió para verificar el estancamiento de la posición de rechazo de Estados Unidos a este respecto-. *Vid.* FERENCZ, B., "On President Obama's Nobel Speech", 2009; documento disponible en:

<http://www.benferencz.org/index.php?id=4&article=99>

⁸⁹² El artículo 126 del Estatuto establece la cuestión relativa a su entrada en vigor.

comunidad internacional a este respecto; sin embargo, es necesario formular una serie de importantes puntualizaciones que clarifiquen, de algún modo, el alcance de dicho logro. En este sentido, algunos autores opinan que resulta un tanto excesivo el contenido del artículo 1 del Estatuto de Roma cuando declara que tiene lugar el establecimiento de una CPI. FERENCZ es de esta opinión, ya que concluye que aunque la Corte ostenta una efectiva jurisdicción sobre los crímenes más graves, cuenta con relevantes carencias que merman su significado y capacidad de actuación en la medida en que sólo puede intervenir si los Estados parte no quieren o no pueden garantizar a los acusados el desarrollo de un juicio justo; además, el fiscal no puede actuar sin la aprobación previa de los pertinentes supervisores judiciales y, en ciertos casos, un acusado no podrá ser condenado si el Estado al que pertenece por razón de su nacionalidad no ha ratificado el Estatuto de Roma. Asimismo, el citado autor afirma que se cometió el error no sólo de posponer la tipificación penal del delito de agresión a un plazo de tiempo excesivamente largo, sino que además se abogó por la incorporación del principio de irretroactividad al Estatuto, inaplicable, pues, a hechos ocurridos antes de su entrada en vigor⁸⁹³. Aunque son ciertas dichas limitaciones, es de justicia destacar otros datos que revelan rasgos positivos del Estatuto y, por ende, del funcionamiento de la Corte. Así, por un lado, la CPI ostenta la autoridad máxima en materia de protección de derechos humanos, puesto que no existe una jurisdicción superior y, por otro, tiene la potestad de juzgar a los jefes de estado en ejercicio (protegidos ante los tribunales estatales por la inmunidad que su cargo les procura). Además, los crímenes que investiga no prescriben jamás.

Consecuentemente, a pesar de sus limitaciones, no es posible dejar de contemplar el Estatuto de Roma como un hito positivo, ya que su creación ha implicado dotar «a un amplio número de países de un instrumento inestimable para la persecución y castigo de "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto"⁸⁹⁴».

⁸⁹³ *Vid.* FERENCZ, B., *From Nuremburg to Rome: A Personal Account*, *ob. cit.*

⁸⁹⁴ *Cfr.* DÍAZ PITA, P., "Concurrencia de jurisdicción entre los tribunales penales españoles y la Corte Penal Internacional: arts. 8 y 9 de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de cooperación con la Corte Penal Internacional", REEI, nº 9, 2005, pág. 1. Documento disponible en: [http://www.reei.org/reei9/P.DiazPitas\(reei9\).pdf](http://www.reei.org/reei9/P.DiazPitas(reei9).pdf)

I. ¿Competencia universal en la CPI?

De conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma, la CPI se erige como una institución permanente y vinculada a la ONU⁸⁹⁵. En este apartado debemos advertir que si la Corte fue creada -según el Preámbulo del Estatuto- con el propósito de castigar "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional", no deja de ser sorprendente que su base de actuación no se configure en torno al principio de jurisdicción universal. De hecho, ésta queda tan sólo constreñida -según determina el artículo 12⁸⁹⁶- a los actos delictivos cometidos por nacionales de los Estados parte del citado Estatuto y a los hechos ocurridos en dichos Estados parte (si bien, de conformidad con el apartado tercero de aquél, la Corte tendrá competencia para juzgar asuntos en los que un Estado no parte haya decidido aceptar su competencia en un caso determinado). Además, la CPI puede conocer y juzgar sin limitaciones ilícitos graves tras el requerimiento pertinente del Consejo de Seguridad de la ONU.

Concretamente, para que sea válida la intervención de la Corte es necesario que la solicitud de actuación se haga a) por iniciativa de un Estado parte que informa al fiscal del hecho ilícito (artículo 14⁸⁹⁷), b) a través de la actuación del Consejo de Seguridad de la ONU (artículo 16⁸⁹⁸) ó c) por iniciativa del propio fiscal (artículo 15⁸⁹⁹). Cuando el asunto se ha iniciado por el primer o el tercer mecanismo señalado, el Estado del territorio en el que acontecieron los hechos o del que es nacional el presunto culpable deberá necesariamente ser parte del Estatuto de Roma o, en el caso de que ello no sea así, declarar su consentimiento expreso de conformidad con el artículo 12. Asimismo, debe destacarse la importancia del artículo 17 que contiene el principio de complementariedad, ya que juega -como se verá en el punto siguiente- un importante

⁸⁹⁵ Artículos 1 y 2 del Estatuto de Roma.

⁸⁹⁶ La fórmula del artículo 12 del Estatuto proviene de la propuesta hecha por la delegación de la República de Corea durante la Conferencia de Roma. Ésta prosperó frente a otras más optimistas (como la alemana que sugería la posibilidad de que la Corte tuviera competencia universal) que iban perdiendo, paulatinamente, apoyo. *Vid.* MARCEL FERNANDES, J., "El Estatuto de Roma de 1998: La competencia de la Corte Penal Internacional", *La Corte Penal Internacional*, Ed. Reus, Madrid, 2008, pág. 129

⁸⁹⁷ Durante la elaboración del Estatuto hubo discusión acerca de quienes se verían legitimados para hacer uso del artículo 14. Los países más conservadores argumentaron que únicamente los implicados en la causa deberían estar facultados para remitir un asunto a la Corte.

⁸⁹⁸ A nuestro modo de ver, el artículo 16 del Estatuto de Roma implica una clara e intolerable intromisión del Consejo de Seguridad de la ONU en el ámbito competencial de la CPI.

⁸⁹⁹ Este artículo fue uno de lo más polémicos, puesto que algunos países veían en él la concesión de un poder excesivo en favor del fiscal. Para compensar a sus detractores, el apartado 3 del artículo 15 dispuso mecanismos de control sobre su actuación: «El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento suficiente para abrir una investigación, presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización para ello, junto con la documentación justificativa que haya reunido (...)».

papel a la hora de concretar el ejercicio competencial de la CPI. Este es, pues, el muy delimitado espacio de actuación jurisdiccional de la Corte, indudablemente supeditado a que los Estados hayan ratificado el Estatuto⁹⁰⁰; de ahí lo indispensable que resulta que las legislaciones estatales se doten de jurisdicción sobre los crímenes más graves con base en el principio de universalidad.

Haciendo mayor hincapié en la cuestión relativa a la renuncia de la Corte a afirmar su jurisdicción universal, es interesante traer a colación una vez más el artículo 12 en la medida en que la delimitación competencial *ratione loci* (principio de territorialidad) y *ratione personae* (principio de personalidad activa) de aquélla «ha sido utilizada por algunos sectores para atacar al principio de justicia universal aduciendo que si el Derecho penal reconociera tal principio, la competencia de la Corte debería ser también universal⁹⁰¹». Sobre este extremo, RODRÍGUEZ YAGÜE argumenta -haciendo mención a SÁNCHEZ LEGIDO- que el abandono del principio de universalidad fue parte del precio que tuvo que pagarse para que fuera posible la aprobación del Estatuto⁹⁰². No obstante, otros se muestran más optimistas, ya que consideran que el apartado tercero del referido artículo al incluir -como se sabe- la posibilidad de una declaración expresa de aceptación de competencia por parte de los Estados que no han ratificado el Estatuto, se extrae la premisa de que éste ofrece, al menos, soluciones adecuadas a situaciones plausibles, si bien es cierto que hace caso omiso al principio de justicia universal.

MARCEL FERNANDES critica la positiva visión anterior y afirma que «muy difícilmente, un Estado renunciará a su prerrogativa de juzgar a sus propios nacionales o a los acusados de cometer crímenes dentro de su territorio en favor de la Corte Penal Internacional, en especial un país que no se haya adherido al Estatuto de Roma. Si un

⁹⁰⁰ Como ya se dijo, son numerosas las condiciones que "lastran" la actuación de la Corte. Así, por ejemplo, el artículo 124 establece un período de siete años -contados a partir de la fecha de entrada en vigor para el Estado que ratifica el Estatuto- en virtud del cual un contratante puede suspender la competencia de la CPI respecto de crímenes de guerra ocurridos en su territorio o imputables a sus nacionales. Además, la competencia sobre el crimen de agresión se encuentra todavía hoy pospuesto. Asimismo, se ha acordado la inaplicabilidad del Estatuto a crímenes cometidos con anterioridad a su entrada en vigor (artículo 11). De igual modo, en el caso de que un Estado haya firmado el Estatuto con posterioridad a su entrada en vigor, la Corte ejercerá su competencia únicamente respecto de crímenes cometidos tras la ratificación de ese nuevo Estado, salvo que acepte -mediante la declaración pertinente- la competencia de ésta sobre un crimen concreto anterior (artículo 11.2). Y, por último, la injerencia del Consejo de Seguridad de la ONU muestra la desafortunada y excesiva dependencia de la CPI a la voluntad política de los Estados partes (artículo 16).

⁹⁰¹ Cfr. RODRÍGUEZ YAGÜE, C., "Criterio de resolución de conflictos entre la Corte Penal Internacional y Tribunales *ad hoc* y la jurisdicción española: a vueltas con la justicia universal", REEI, nº 14, 2007, págs. 5 y 6. Documento disponible en: [http://www.reei.org/reei%2014/RodriguezYague\(reei14\).pdf](http://www.reei.org/reei%2014/RodriguezYague(reei14).pdf)

⁹⁰² *Ibid.* Pág. 6.

gobierno no quiere entablar juicio, no deseará que la CPI lo haga, salvo si ello le interesa políticamente⁹⁰³».

Según SÁNCHEZ LEGIDO, la no inclusión del principio de universalidad en el Estatuto de Roma responde al simple hecho de que el marco competencial de tribunales internacionales y nacionales no son siempre cuestiones coincidentes⁹⁰⁴. Ello no se traduce en una negativa de compromiso por parte de los Estados firmantes para con el mismo; de hecho, durante los trabajos preparatorios del Estatuto, una abrumadora mayoría se inclinaba a su favor. En este orden, conviene aclarar que la ausencia de este título competencial en el citado instrumento normativo no es producto de la presión ejercida por Estados Unidos, ya que sus estrategias contra la Corte no se basaron en declarar la ilegalidad de dicha jurisdicción. Así las cosas, el citado autor puntualiza que «la oposición (...) a la atribución de una amplia competencia a la Corte parece basarse, más que en un rechazo a la jurisdicción universal en sí, en una negación de toda jurisdicción -universal o no-, no sometida a su control⁹⁰⁵». Ello parece indicar, pues, que las carencias de la Corte convierten al principio de universalidad en protagonista indiscutible de las legislaciones domésticas⁹⁰⁶.

Al hilo de estas consideraciones, SERVÍN RODRÍGUEZ afirma que es el Estatuto de Roma el que induce a los Estados a «(...) legislar, dentro de sus respectivos sistemas jurídicos nacionales, en lo versante a la tipificación, punición y establecimiento de jurisdicción de los *delicta iuris gentium*, gracias al carácter complementario de la Corte respecto de las jurisdicciones penales nacionales (...). Este principio de complementariedad hace que el Estatuto de Roma reconozca preferencia o prioridad a las jurisdicciones penales nacionales, que deberán contar con mecanismos capaces de punir las conductas criminales que conculcan el derecho de gentes, es decir, sólo en una forma subsidiaria la CPI ejercerá su jurisdicción⁹⁰⁷». La importancia del principio de

⁹⁰³ Cfr. MARCEL FERNANDES, J., *ob. cit.*, págs. 129 y 130.

⁹⁰⁴ Vid. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, *ob. cit.*, págs. 138 y 139.

⁹⁰⁵ *Ibid.* Pág. 139.

⁹⁰⁶ Algo parecido advirtió GARCÉS en su discurso pronunciado durante la ceremonia de entrega del premio de la fundación sueca *Right Livelihood Foundation*: «el Tribunal Penal Permanente aprobado en Roma en julio de 1998, cuya competencia será subsidiaria, o acumulativa, pero no sustitutiva de la de los Tribunales de Estado (...) requerirá la necesaria cooperación de los Estados y de sus órganos jurisdiccionales». Vid. *Supra*. Nota 555.

⁹⁰⁷ Cfr. SERVÍN RODRÍGUEZ, C., *ob. cit.*, págs. 5 y 6. A estos efectos, conviene recordar que: «(...) la CPI [no] pretende ser el sustitutivo de la intervención de las jurisdicciones nacionales en aplicación del principio de justicia universal y así lo confirma el principio de complementariedad que regula su relación con el resto de jurisdicciones concurrentes en la investigación y castigo de estos crímenes y por el cual la Corte intervendrá cuando un Estado con jurisdicción no quiera o no pueda intervenir (art. 17). (...) Así

complementariedad nos obliga a analizar en el punto siguiente la conveniencia del mismo.

Por lo tanto, no hay duda de que una "aureola" de fragilidad acompaña a todas y a cada una de las iniciativas de la CPI, sometida a limitaciones de distinta naturaleza que inevitablemente condicionan su actuación⁹⁰⁸. Ello nos lleva a afirmar que los graves crímenes excluidos de su ámbito competencial pueden o, mejor dicho, deben ser juzgados por los tribunales nacionales a través de una correcta aplicación del principio de universalidad, sin mayores obstáculos que los que puedan surgir en torno al posible interés de varios Estados en juzgar un mismo asunto⁹⁰⁹. Así, la vigencia del principio de justicia universal en las legislaciones domésticas es absolutamente indispensable -tras comprobar las carencias de la Corte- para la consecución del objetivo previsto en el Estatuto de Roma de no dejar espacio alguno a la impunidad de los delitos más graves. En definitiva, la invocación de este principio por jueces y magistrados nacionales no puede ponerse en tela de juicio aduciendo la vigencia del Estatuto de Roma, puesto que no lo menciona, ni lo prohíbe ni podría prohibirlo.

Una vez constatado el limitado ámbito competencial de la Corte y tras poner de relieve la incuestionable importancia de las legislaciones nacionales en el desarrollo y ejercicio del principio de universalidad, resulta paradójico que los gobiernos de los Estados parte del Estatuto de Roma determinen -como frecuentemente hacen- que la legislación nacional sobre graves crímenes queda relegada a un segundo plano en la medida en que la actuación de la Corte garantiza su persecución. Estos argumentos no deben engañarnos, ya que la jurisdicción universal en la normativa interna es una de las pocas estrategias a seguir cuando pretende ponerse fin a la impunidad de los culpables de graves ilícitos. Así pues, la reforma de la Ley Orgánica 1/2009 no resulta muy

que la CPI no pretende ser prioritaria al resto de jurisdicciones sino todo lo contrario, complementarlas». Cfr. RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *ob. cit.*, págs. 7 y 8. En este orden de ideas, QUESADA ALCALÁ afirma que existe absoluta compatibilidad entre el principio de justicia universal y el de complementariedad y puntualiza, además, que «(...) el principio de complementariedad tiene que aplicarse a cualquier Estado, Parte o no Parte en el Estatuto de Roma, sobre la base de cualquier vínculo jurisdiccional adoptado por su legislación nacional, incluida la jurisdicción universal». Cfr. QUESADA ALCALÁ, C., "El ejercicio de la jurisdicción por la CPI y la soberanía estatal (II). El principio de complementariedad", *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 386.

⁹⁰⁸ Aparte de la limitada actuación de la CPI, resulta poco probable que dicha institución desafíe algún día a los Estados poderosos, «(...) de los cuales depende para su apoyo financiero y para ejecutar sus órdenes. Cfr. FORCADA BARONA, I., "Derecho Internacional, Justicia Transicional y violencia colectiva", *Derecho Internacional y Justicia Transicional. Cuando el Derecho se convierte en religión*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 149.

⁹⁰⁹ *Vid.* RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *ob. cit.*, pág. 7.

conveniente; a tenor de la misma y del Estatuto de Roma es posible afirmar que un delito grave quedara impune cuando sea cometido en el territorio de un país que no forme parte del citado Estatuto y por unos sujetos que no se encuentren sometidos a él debido a que el Estado al que pertenecen por razón de su nacionalidad no lo ha ratificado, siempre que el Consejo de Seguridad no quiera activar la actuación de la Corte y siempre que no pueda advertirse un vínculo significativo con nuestro país. Consecuentemente, no hay duda de que el principio de universalidad en las legislaciones nacionales es indispensable si se desea llevar a buen puerto los compromisos asumidos por la comunidad internacional, basados en salvaguardar los Derechos Humanos fundamentales.

II. El principio de complementariedad de la CPI

Enlazando con las importantes limitaciones de la CPI y el protagonismo que consecuentemente cobran las legislaciones nacionales, resulta imprescindible sacar a relucir uno de los principios más importantes sobre los que se asienta dicha Corte: el principio de complementariedad. Este principio tiene su relevancia especialmente si se tiene en cuenta la premisa -cierta- de que ésta no se ha erigido en ningún momento como una corte global destinada a juzgar cada uno de los graves crímenes que acontecen en el mundo⁹¹⁰.

Grosso modo, la inclusión de dicho principio en el Estatuto de Roma implica que hechos delictivos graves tan sólo serán juzgados por el referido tribunal penal cuando no haya ningún Estado parte que -teniendo capacidad para ejercitar su jurisdicción sobre los mismos- desee perseguirlos y, por ende, juzgarlos. Así, por ejemplo, si un Estado parte no regula todos los delitos que contempla la Corte o no otorga competencia a sus órganos judiciales en el extranjero, no se dará ninguna relación de complementariedad, únicamente existirán espacios de exclusiva competencia para la CPI. Por el contrario, si un Estado parte establece su competencia sobre los mismos presupuestos materiales que prevé el Estatuto de Roma para la Corte, la complementariedad resultará indudable. Como se advirtió en el apartado anterior, dicho principio reconoce prioridad a las jurisdicciones penales nacionales, aunque ello no se traduce necesariamente en una posición de primacía con respecto a la CPI. De hecho, algunos autores insisten -como ya se verá más adelante- en la idea de que la referida Corte ejerce funciones de tutelaje sobre las jurisdicciones penales de los Estados que han firmado el Estatuto de Roma. Ello nos lleva a reconocer la implícita

⁹¹⁰ *Vid.* KAUL, H-P., "Peace through justice? The International Criminal Court in The Hague"; discurso pronunciado durante las jornadas de Forum Museum de 2 de noviembre de 2009. Documento disponible en:

<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/B7BC9709-394D-4449-AA08-4182A98C567B/281395/JudgeKaulSpeech.pdf>

«(...) the International Criminal Court is not a comprehensive, global, super-court with competence to prosecute each and every serious crime».

En este orden de ideas, conviene señalar que la limitada actuación de la CPI se puso de relieve en la Conferencia de Roma cuando el entonces ministro de justicia argentino GRANILLO OCAMPO afirmó que: «la Corte Penal Internacional debería tener competencia sobre aquellos pocos, pero gravísimos crímenes que ofenden a la conciencia universal en su conjunto». *Cfr.* OCAMPO GRANILLO, R.; discurso pronunciado el 17 de junio de 1998, en Roma, con motivo de la creación de la CPI. Documento disponible en: <http://www.un.org/icc/speeches/617arg.htm>

regla *aut dedere aut iudicare* del principio de complementariedad⁹¹¹.

Por lo tanto, los Estados firmantes del Estatuto optaron finalmente por la aplicación del principio de complementariedad en la medida en que era el «único sistema capaz de proporcionar una amplia aceptación de la CPI por los Estados en la Conferencia de Roma, ya que intentaba conciliar los ideales de la preservación de la soberanía estatal y del establecimiento de una jurisdicción internacional penal permanente⁹¹²». Así pues, a pesar de las dudas existentes durante los trabajos preparatorios del Estatuto⁹¹³, se decidió que este principio era la mejor opción, ya que así la Corte no actuaría como *contrincante* de los tribunales de los Estados parte en el caso de haber optado -como se pensó en un principio- por una jurisdicción compartida, sino que intervendría como figura suplente en situaciones de clara inactividad de la justicia penal estatal.

Por consiguiente, las ideas principales que se deducen del carácter complementario de la jurisdicción penal de la CPI -contenido en el párrafo décimo del Preámbulo del Estatuto de Roma, así como en el artículo primero e implícitamente en el artículo 17 del mismo⁹¹⁴- son las siguientes: a) los tribunales domésticos deberán

⁹¹¹ Vid. SERVÍN RODRÍGUEZ, C., *ob. cit.*, pág. 6.

⁹¹² Cfr. MARCEL FERNANDES, J., *ob. cit.*, págs. 83 y 84. Algunos autores puntualizan que el principio de complementariedad insertado en el Estatuto de Roma se encuentra estrechamente relacionado con los «(...) criterios relativos a la "trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto" y a la "gravedad" de los crímenes recogidos». Cfr. LIROLA DELGADO, I., Y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., "La competencia material de la Corte Penal Internacional", *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Ed. Ariel, Barcelona, 2001, pág. 113.

⁹¹³ En un primer momento, los Estados formaron tres grupos que se erigieron como las tres posibles jurisdicciones a ejercitar en un futuro por la Corte: a) el grupo de los defensores de la justicia penal internacional, los cuales pretendían i) que la Corte tuviera jurisdicción automática sobre el conjunto de delitos que fuera a contemplar su Estatuto, ii) que fuera independiente del Consejo de Seguridad, iii) que el fiscal pudiera actuar *motu proprio* y iv) que contara con el apoyo de los Estados (de entre los miembros de este grupo Alemania actuó como líder indiscutible); b) el grupo de los defensores de la soberanía, los cuales manifestaron su interés en i) limitar los poderes del fiscal, ii) exigir un consentimiento específico por parte de los Estados en cada uno de los casos, iii) rechazar la participación del Consejo de Seguridad, iv) incluir el delito de agresión y v) apoyar al principio de complementariedad (India y Pakistán fueron los líderes principales de esta agrupación); y c) el grupo de los defensores del Consejo de Seguridad (este grupo fue liderado, principalmente, por Estados Unidos y China). Vid. MARCEL FERNANDES, J., *ob. cit.*, págs. 84 y ss.

⁹¹⁴ El párrafo primero del artículo 17 dice así: «La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando: a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; b) El asunto haya sido objeto de investigación por el Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda incoar el juicio

perseguir y castigar los actos ilícitos cuya competencia la Corte no pueda asumir o admitir por ser, desde su punto de vista, de escasa gravedad; y b) la actuación de la CPI será subsidiaria, puesto que únicamente actuará cuando los tribunales estatales decidan no juzgar los hechos⁹¹⁵. Obviamente, de conformidad con la consideración b), la intervención de la CPI tiene un marcado carácter secundario que se traduce en que la Corte «(...) solo puede intervenir en defecto de los Estados firmantes del Convenio de Roma cuando éstos no quieran o no puedan juzgar los hechos delictivos a los que se extiende su competencia objetiva⁹¹⁶».

En relación con la subsidiariedad jurisdiccional de la Corte, debemos precisar que ésta presenta una naturaleza "crítica", puesto que «(...) puede asumir un asunto si considera que no hay a nivel estatal disposición o capacidad para actuar, o que el juicio realizado ha obedecido al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal, no ha sido instruido de forma independiente o imparcial o lo ha sido de manera incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia⁹¹⁷». A este respecto, SÁNCHEZ LEGIDO determina que esta subsidiariedad crítica conlleva la aplicación de un mecanismo de tutela por parte de la Corte, ya que si bien el Estatuto opta por articular un sistema que conduce a ésta a actuar respecto de crímenes que entran en su marco de actuación siempre que no intervengan las jurisdicciones nacionales, también es cierto que ejerce un control singular en la medida en que la investigación o el enjuiciamiento de un asunto por un Estado parte no implica que aquélla no pueda juzgarlo⁹¹⁸. El citado autor aclara que para poder vetar la actuación de la Corte respecto de hechos sujetos al ámbito competencial estatal, es necesario «(...) que las actuaciones nacionales se hayan desarrollado o se estén desarrollando de tal forma que, de manera efectiva, se dirijan al castigo de los responsables en caso de constatar su culpabilidad». Todo ello le lleva a sostener que el Estatuto de Roma se

con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20; d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte».

⁹¹⁵ Vid. REMIRO BROTONS, A., *et. al.*, *Derecho Internacional*, *ob. cit.*, pág. 1.244. La jurisdicción subsidiaria -implícita en el principio de complementariedad- entre los jueces nacionales y la CPI, supone una invitación constante a que éstos ejerciten «(...) jurisdicción sobre los crímenes internacionales perpetrados en su territorio, ya que de no hacerlo, o de hacerlo sin observar la supremacía del Derecho internacional sustrayendo a un individuo de su responsabilidad, se estaría activando la jurisdicción de la CPI». Cfr. COLLANTES, J.L., *ob. cit.*, pág. 4 y 5.

⁹¹⁶ Cfr. DÍAZ PITA, P., *ob. cit.*, pág. 4.

⁹¹⁷ Cfr. REMIRO BROTONS, A., *et. al.*, *Derecho Internacional*, *ob. cit.*, pág. 1.245.

⁹¹⁸ Vid. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 308. Afortunadamente, no prosperó la propuesta del grupo de países que pretendía vetar la actuación de la Corte en el mismo momento en el que se supiese que un Estado se encontraba investigando o juzgando los hechos en cuestión.

decanta por la configuración de un sistema de subsidiariedad no sólo condicionado, sino también tutelado, puesto que al final es la propia CPI la que controla y decide si existe un eficaz y vigoroso *ius puniendi* estatal⁹¹⁹.

Así las cosas, no nos cabe duda de que la jurisdicción nacional, pudiendo resultar en muchos casos preferente, no goza de una situación de prevalencia en la medida en que será la Corte -conforme al artículo 17 del Estatuto- la que determine si se dan las condiciones para admitir un caso o si, por el contrario, estima preferible la intervención de los tribunales locales. El mencionado artículo es, pues, el que contiene las pautas a seguir para concluir que un asunto será juzgado o no por la CPI⁹²⁰. Por lo tanto, no es de extrañar que muchos autores opinen que ésta -a pesar de regirse por un principio que de primeras parece no atribuirle especial protagonismo- goza *de facto* de una situación de primacía en relación con los tribunales nacionales⁹²¹. En cualquier caso, el principio de complementariedad es un fiel reflejo del deseo manifestado por la comunidad internacional de que los tribunales nacionales deben preferiblemente enjuiciar los crímenes más graves -aunque ello pueda entrañar complicaciones en las relaciones estatales-. Así lo entiende SÁNCHEZ LEGIDO cuando esgrime que la intervención de éstos implica un mayor acercamiento entre la población y la justicia, consolidando -a su juicio- la función preventiva del Derecho Penal Internacional⁹²².

No obstante, hay sectores doctrinales que proclaman la irrelevancia del principio de complementariedad, ya que sostienen que la CPI puede rechazar la jurisdicción nacional con facilidad dados los genéricos términos del artículo 17 del Estatuto de Roma⁹²³. Concretamente, este precepto legal indica que la Corte hará un análisis pormenorizado e individual de hechos graves que pudieran entrar en su ámbito de jurisdicción con el objeto de esclarecer si existe verdadera disposición de actuar por parte de los Estados y declarar, consecuentemente, la admisibilidad o no de un asunto. En este punto, añoramos una regulación más concreta que determine de forma más clara

⁹¹⁹ Vid. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 309.

⁹²⁰ Según MARCEL FERNANDES, en el artículo 17 se encuentran «los criterios que debe seguir la Corte para que, al decidir sobre sus propias posibilidades de jurisdicción, sea respetado el principio de la complementariedad, su guía primordial de actuación». Cfr. MARCEL FERNANDES, J., *ob. cit.*, pág. 137.

⁹²¹ Vid. DÍAZ PITA, P., *ob. cit.*, pág. 5.

⁹²² Vid. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 305.

⁹²³ Conviene recordar que la Corte declarará inadmisibile un asunto -tras haber realizado la investigación oportuna- cuando el Estado que tenga jurisdicción sobre él ha decidido no incoar acción penal, siempre que su decisión no haya respondido a su deseo o a la imposibilidad de llevar a cabo dicha acción y, por supuesto, cuando el acusado haya sido previamente enjuiciado o cuando los hechos no revistan la gravedad suficiente.

en qué casos la jurisdicción de la CPI prevalece sobre la nacional. Así, nos parece acertada la pregunta que formula GARCÍA RAMÍREZ: «¿En qué fundamento seguro descansará la idea de que un proceso "no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial", y en cambio lo haya sido o lo esté siendo de manera "incompatible (...) con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia"?⁹²⁴». MARCEL FERNANDES también destaca la poca claridad de los términos empleados por el Estatuto y argumenta que: «la presunción de imparcialidad del juicio estatal propuesta por el principio de complementariedad es inoportuna y peligrosa. La comisión de los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra muy frecuentemente cuentan con la participación de agentes estatales. Así, los Estados en el territorio del cual esos delitos fueron consumados o aquellos de que son nacionales los acusados no deberían realizar tales juicios, porque las personas que se ocupen de las investigaciones y de los enjuiciamientos estarán en general ligados de alguna manera a los sospechosos y, luego, verían su accionar imparcial comprometido⁹²⁵». En cualquier caso, el artículo 17.2 -claro o no- prescribe las circunstancias que la Corte debe verificar para determinar si hay verdadera disposición de actuar por parte del Estado afectado⁹²⁶. A diferencia del numeral 2, el 3 resulta algo más esclarecedor⁹²⁷.

Como acertadamente opina el autor citado, el análisis que la Corte efectúa en estos casos puede ir en contra de la voluntad del Estado a quien se le cuestiona el

⁹²⁴ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, S., "El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma", AMDI, Vol. IV, 2004, pág. 169. Documento disponible en:
<http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/4/art/art5.pdf>

De forma acertada, este autor esgrime que probablemente existirá cierto grado de polémica cuando la jurisdicción nacional resulte más "indulgente" que la internacional, sin que de ello se deduzca que en ese Estado se desea celebrar un juicio con el ánimo de facilitar la impunidad al agresor. *Vid.* GARCÍA RAMÍREZ, S., *ob. cit.*, págs. 169 y ss. Ello -desde nuestro punto de vista- se encuentra intrínsecamente unido al ejercicio de la función jurisdiccional de los Estados que, en algunos casos, puede mostrarse más beneficiosa para el reo.

⁹²⁵ Cfr. MARCEL FERNANDES, J., *ob. cit.*, pág. 138.

⁹²⁶ El párrafo segundo del artículo 17 dispone lo siguiente: «a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5; b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia». Basta con que se dé alguna de las tres posibilidades indicadas.

⁹²⁷ El párrafo tercero establece que: «A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio».

ejercicio de su jurisdicción. En tales circunstancias, éste puede decantarse por utilizar toda su energía para impedir, por ejemplo, que se descubra su empeño de conceder impunidad a los criminales, eliminando -si lo considera oportuno- las pruebas relevantes a fin de hurtar a las personas en cuestión de su responsabilidad penal⁹²⁸. Así las cosas, no nos cuesta trabajo imaginar que si finalmente la Corte asume la competencia en un asunto de tales características, la sentencia que pudiera dictarse sería duramente criticada por el Estado cuya intervención fue excluida.

Asimismo, el principio de complementariedad puede acarrear una serie de "molestas" complicaciones. En primer lugar, debemos destacar los problemas que pueden surgir a la hora de garantizar un leal respeto hacia el referido principio a tenor de las dos fórmulas adoptadas -gracias a una propuesta norteamericana- a partir de las cuales se puede concluir la inadmisibilidad de un asunto por la Corte: por un lado, el artículo 19 del Estatuto establece un procedimiento de impugnación de la admisión a trámite de un caso por la Corte⁹²⁹; y, por otro, el artículo 18 obliga al fiscal a notificar toda investigación no sólo a los Estados parte, sino también a aquellos otros que sin serlo podrían verse legitimados a conocer del caso de conformidad con su propia regulación⁹³⁰. En definitiva, ambas disposiciones pueden implicar un rechazo en rotundo de la intervención de la CPI cuando los Estados no deseen su intervención⁹³¹. De todos modos, debemos indicar que -de conformidad con el artículo 21- la Corte podrá aplicar los Elementos del Crimen y sus Reglas de Procedimiento y Prueba con el objeto de realizar «el examen de las cuestiones relativas a la complementariedad que agilice los trámites e impida los bloqueos⁹³²».

En segundo lugar, otro de los problemas que genera el principio de complementariedad es aquel relacionado con el de universalidad: sería todo un dilema si

⁹²⁸ Vid. MARCEL FERNANDES, J., *ob. cit.*, pág. 140.

⁹²⁹ El párrafo primero del artículo 19 dispone que: «La Corte se cerciorará de ser competente en todas las causas que le sean sometidas. La Corte podrá determinar de oficio la admisibilidad de una causa de conformidad con el artículo 17». De este modo, es evidente que la CPI actúa sobre su propia competencia -dispone la *compétence de la compétence*-, por lo que no podemos sino mostrarnos conformes con la opinión de GARCÍA RAMÍREZ cuando afirma que la Corte «(...) también resuelve, consecuentemente, acerca de la competencia, la voluntad y la aptitud del Estado que podría reclamar el conocimiento, o que efectivamente lo demanda». Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, S., *ob. cit.*, pág. 168.

⁹³⁰ Sobre la obligación del fiscal de tener que informar a los Estados se ha comentado mucho. Según algunos autores, ello puede dar lugar a que éstos rechacen la investigación de la CPI cuando hagan uso de las oportunas estrategias: «This requirement may potentially give states opposed to an investigation an opportunity to subvert it (...)». Cfr. RATNER, S., Y ABRAMS, J., *ob. cit.*, pág. 213.

⁹³¹ Vid. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 311.

⁹³² *Ibid.* Pág. 313.

la actuación del Consejo de Seguridad de la ONU impidiera el ejercicio de la competencia universal a un Estado cuando dicho organismo decidiese remitir un caso a la CPI. En este sentido, creemos que el artículo 17 del Estatuto de Roma debería ser aclarado con el propósito de evitar ciertas incoherencias. Algunos consideran que la Corte debería rechazar la aplicación del principio de universalidad. Esta postura se vería reforzada si el artículo 17 incluyera que la mención del "Estado que tiene jurisdicción" no se refiere a los Estados que puedan actuar a través del principio de universalidad⁹³³. Así, FUENTES TORRIJO advierte sobre el riesgo de que «(...) las futuras enmiendas (...) respecto del tratado que crea a la CPI se transformen en una instancia para limitar el desarrollo de los intereses básicos de la comunidad internacional⁹³⁴». Ello, como puede intuirse, contradice el contexto en el que la jurisdicción universal opera, la cual se configura como una respuesta de la opinión ciudadana que desea sancionar delitos de extrema gravedad. Por lo tanto, si la jurisdicción universal no sólo es un elemento imprescindible para la comunidad internacional, sino que además es producto de la voluntad de los pueblos, la CPI no puede erigirse como un instrumento dirigido a "acallar" las voces de aquéllos por muy loables que sean sus fines⁹³⁵.

Así pues, es posible que se produzcan problemas de incompatibilidad entre el principio de universalidad y el funcionamiento de la Corte. Al hilo de estas consideraciones cabría advertir, por ejemplo, la posibilidad de que un Estado orqueste, mediante jurisdicción universal *in absentia*, la paralización de la actuación de la Corte por motivos estratégicos. No hay duda de que un Estado podría solicitar la inhibición del fiscal y/o invocar la inadmisibilidad del asunto ante la Corte de conformidad con los propios parámetros que sostienen y conforman el principio de universalidad. De este modo, en el momento en el que el Estado parte denuncie la existencia de las referidas investigaciones en curso se producirá la automática paralización de la Corte⁹³⁶. A estos efectos, SÁNCHEZ LEGIDO argumenta que: «si la aceptación de la jurisdicción universal *in absentia* se basa en la necesidad de hacer frente a habituales situaciones de impunidad, su invocación de tal modo que se obstaculice el funcionamiento de la Corte bien podría interpretarse como una utilización de dicho principio *contra natura*, de forma incompatible con su objeto y fin y, por ello, como un uso irrazonable y

⁹³³ Vid. FUENTES TORRIJO, X., *ob. cit.*, págs. 133 y 134.

⁹³⁴ *Ibid.* Pág. 134.

⁹³⁵ Vid. FUENTES TORRIJO, X., *ob. cit.*, pág. 134.

⁹³⁶ Vid. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 314.

abusivo⁹³⁷».

Pareciéndonos ciertas estas aseveraciones, una solución al problema que el principio de universalidad plantea consistiría en proponer la limitación del principio de complementariedad al territorio del Estado en el que acontecen los hechos graves, al Estado de la nacionalidad del presunto culpable y al de las víctimas y, quizá, al del Estado que ha procedido a la detención del presunto responsable. De esta forma, el principio de universalidad no sólo dejaría de contemplarse como un lastre en situaciones puntuales, sino que además la actuación de la Corte no se vería torpedeada por él. Por lo tanto, el mecanismo de complementariedad -tal y como está actualmente regulado en el Estatuto de Roma- resulta objetable, especialmente si se toma en consideración que la CPI es un órgano incapaz de solventar asuntos que recaen en territorios distintos de los Estados parte -como también lo es respecto de hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor-, por lo que prescindir del principio de universalidad no tendría ningún sentido. Discrepamos, pues, con la opinión de SALINAS BURGOS cuando afirma que con la creación de la CPI se puede "desterrar" el principio de la jurisdicción universal⁹³⁸.

Sea como fuere, a pesar de las limitaciones y contradicciones de la Corte, su creación es un hecho trascendente. Tal y como opinan algunos autores, el hecho de haber sido constituida disuade de algún modo la perpetración de graves hechos delictivos. Es más, su valerosa actuación -aunque complementaria en relación con las jurisdicciones estatales competentes en función del lugar en el que acontecen los crímenes o de la nacionalidad de los sospechosos y de las víctimas- diluye los polémicos efectos que puede generar la utilización del principio de universalidad por los tribunales nacionales. De todos modos, la eficacia de la CPI depende de los procedimientos de cooperación que prevean los Estados parte⁹³⁹. Por consiguiente, analizaremos en el próximo apartado el compromiso de España para con el establecimiento de la CPI.

Finalmente, con la intención de concluir con el presente apartado, creemos necesario realzar, una vez más, la idea de la CPI, ya que es a todas luces un importante avance en la protección de los derechos humanos, aunque pueda ser criticada por sus deficiencias y por su, en algunos casos, paradójica regulación. Como se ha visto, la

⁹³⁷ Cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, ob. cit., pág. 318.

⁹³⁸ Vid. SALINAS BURGOS, H., ob. cit., pág. 117.

⁹³⁹ Vid. REMIRO BROTONS, A., et. al., *Derecho Internacional*, ob. cit., pág. 1.246.

importancia del principio de complementariedad es innegable en la medida en que resuelve una posible concurrencia de jurisdicciones con los Estados parte. En el caso de España, podemos argumentar que la complementariedad con la Corte es un hecho, puesto que la regulación interna coincide en gran medida con lo previsto en el Estatuto de Roma⁹⁴⁰. Consecuentemente, si España no desea o no puede juzgar un ilícito grave, será la CPI la que se encargue de evitar la impunidad del mismo. No obstante, el problema surgirá cuando un acto delictivo no corresponda al ámbito competencial de la Corte -por haber ocurrido, por ejemplo, en el territorio de un Estado que no ha firmado el Estatuto y cuyos responsables tienen la nacionalidad de aquél- y España, ante su limitada regulación, no pueda hacer gran cosa para suplir la laguna competencial de aquélla, ya que al haber reducido el principio de universalidad -gracias a la Ley Orgánica 1/2009- muy difícilmente podrán nuestros tribunales aducir argumentos legales que les sirvan para justificar su jurisdicción.

En definitiva, el principio de complementariedad tiene una utilidad relativa, puesto que aunque suple las carencias de los Estados parte que nada establecen respecto de crímenes graves, también es cierto que se revela en ocasiones insuficiente y poco consistente cuando hace frente a graves hechos delictivos que afectan a la comunidad internacional, ya que «los límites que le son impuestos [al poder de la CPI] por su carácter complementario (...) obstaculizan el ejercicio de su competencia, de modo que le impedirá alcanzar el objetivo anunciado en el Preámbulo del Estatuto de Roma de tener "competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto"⁹⁴¹». Este principio se muestra, pues, incapaz para alcanzar

⁹⁴⁰ No obstante, esta afirmación quedará matizada en el punto siguiente, tras analizar la Ley Orgánica 18/2003 de Cooperación con la CPI.

⁹⁴¹ *Cfr.* MARCEL FERNANDES, J., *ob. cit.*, pág. 140. El autor consciente de la ineficacia del principio de complementariedad pone de relieve las posibles ventajas de otros sistemas de atribución de competencia. En un primer momento aborda el mecanismo de la jurisdicción exclusiva. Bajo su punto de vista las ventajas serían las siguientes: a) la CPI se convertiría en un órgano sólido y estable, b) los acusados recibirían el mismo tratamiento, es decir, los sospechosos tendrían el mismo *status* jurídico, c) la lucha contra la impunidad ya no correspondería a los Estados, d) el principio de universalidad sería aplicable únicamente por la Corte y e) no habría cabida para manipulaciones políticas. Las consecuencias negativas serían las siguientes: a) la fuerza de la CPI menguaría si no pudiera investigar todas las posibles violaciones de su ámbito competencial, b) el trato jurídico igualitario dependería de que los jueces interpretarán y aplicarán la ley del mismo modo, c) en caso de que la Corte no pudiera investigar todos los hechos delictivos que se le remitieran no contaría con la ayuda de los tribunales nacionales, d) la aplicación del principio de universalidad con carácter exclusivo por parte de la Corte mermaría su posible aplicación ante otro tipo de circunstancias y e) la oposición de los Estados a la actuación de la Corte implicaría una reducción de la necesaria cooperación estatal. MARCEL FERNANDES contempla otra posibilidad: que la intervención de la CPI sea una sistema de jurisdicción de segunda instancia. Este sistema cuenta con la pega de que los Estados podrían rechazar el poder de revisión de la Corte pero, por otro lado, dejarían de tener sentido los juicios simulados. Asimismo, sostiene la posibilidad de que algún

los objetivos que la propia Corte se propone. Todo ello unido a sus limitaciones *ratione personae, materiae, temporis y loci*, no es más que un reflejo del escaso acuerdo o, mejor dicho, de la poca voluntad de los Estados reunidos en Roma de crear un auténtico órgano capaz de sancionar los ilícitos más graves y de impulsar y proteger la justicia, así como la paz de la comunidad internacional.

Un ejemplo de la consideración anterior es que la mayoría de los casos investigados por la CPI -como el asunto de la República Democrática del Congo⁹⁴², Uganda⁹⁴³ y República Centroafricana⁹⁴⁴- han sido remitidos por los propios gobiernos de los Estados afectados ante trágicos sucesos delictivos ocurridos en sus territorios⁹⁴⁵,

día la jurisdicción de la CPI sea concurrente con la intención de que pueda erigirse como un mecanismo viable para cumplir con los objetivos previstos en su Estatuto -tal y como se ha visto en la celebración de los juicios para la ex Yugoslavia y Ruanda- y, además, significaría que los tribunales penales nacionales y la CPI actuarían conjuntamente, lo que sería siempre positivo para la lucha contra la impunidad. *Vid.* MARCEL FERNANDES, J., *ob. cit.*, págs. 166 y ss.

⁹⁴² Este asunto se remitió a la CPI por iniciativa del Estado en cuyo territorio se habían perpetrado los hechos. Actualmente, Thomas Lubanga Dyilo, Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo Chui y Bosco Ntaganda se encuentran bajo la custodia de la Corte. El juicio contra los acusados comenzó en noviembre de 2009 ante la principal acusación de haber reclutado a niños con el propósito de convertirlos en soldados. El juicio fue suspendido y, posteriormente, reiniciado a comienzos del año 2010. Información disponible en la página web de la CPI:

<http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Situations/Situation+ICC+0104/>

La razón por la que la República Democrática del Congo remitió el asunto a la CPI se debió a que, según considera MARCEL FERNANDES, el gobierno en cuestión «se beneficiaría de la responsabilidad política del enjuiciamiento a la CPI y de la retirada del escenario electoral de aquellos que podrían representar la mayor amenaza a la reelección presidencial». *Ibid.* Pág. 151.

⁹⁴³ Igual que el asunto anterior, éste se abrió por iniciativa del máximo mandatario del país, el presidente Yoweri Museveni, ante los graves hechos cometidos por el *Lord's People's Democratic Army* (Ejército de la Resistencia del Señor) en el norte de Uganda. Dicho Ejército secuestró a más de veinte mil niños para utilizarlos como combatientes de una guerra civil -sufriendo, además, todo tipo de violaciones y maltrato físico-. Sobre dicho asunto se han emitido multitud de órdenes de arresto pero los acusados, según una nota publicada por *Human Rights Watch* en marzo de 2010, siguen todavía en libertad. Tras su expulsión -de Uganda- en el año 2003, el Ejército de la Resistencia del Señor se ha trasladado a países vecinos (Sudán, República Democrática del Congo y República Centroafricana), amenazando a la población civil. Sea como fuere, la relevancia de este asunto radica en que fue el primero en ser remitido por iniciativa de un Estado parte a la CPI. Información disponible en la página web de la CPI:

<http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Situations/Situation+ICC+0204/>

⁹⁴⁴ Del mismo modo que en los asuntos anteriores, el presidente de la República Centroafricana, François Bozizé, fue quien remitió este caso a la fiscalía de la CPI. En abril de 2010, Jean Pierre Bemba, ex vice presidente de la República Democrática de Congo y jefe del rebelde Movimiento de Liberación de Congo, fue acusado por la Corte de ordenar a sus milicias el asesinato y la violación de un grupo a mujeres en la República Centroafricana entre los años 2002 y 2003. Los viajes al país vecino tuvieron lugar bajo el beneplácito del anterior presidente, Ange-Félix Patassé, quien pidió "auxilio" al presunto responsable para evitar un posible golpe de Estado en su país. Información disponible en la página web de la CPI:

<http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Situations/Situation+ICC+0105/Central+African+Republic.htm>

⁹⁴⁵ MARCEL FERNANDES considera que tanto el asunto de la República Democrática del Congo, como el de la República Centroafricana y Uganda, supusieron la aplicación del principio de complementariedad no bajo los parámetros de la justicia internacional penal, sino bajo meras premisas de política interna. *Vid.* MARCEL FERNANDES, J., *ob. cit.*, págs. 148 y ss. Ante este escenario, dicho principio se ha mostrado claramente insuficiente, por ejemplo, en el caso de Uganda, ya que únicamente se han investigado los

frente a otros, como el de Darfur⁹⁴⁶, que fue remitido por el Consejo de Seguridad de la ONU. Ante tales circunstancias, MARCEL FERNANDES apunta a que ha llegado el momento de sustituir el deficiente mecanismo de complementariedad previsto en el Estatuto de Roma -que si bien posibilitó su firma, hoy no resulta muy apropiado- para hacer hincapié en las progresistas ideas esbozadas por Gustave Moynier en 1872⁹⁴⁷ - fecha en la que se produjo la reunión del CICR en virtud de la cual se propuso la creación, mediante tratado, de un tribunal penal internacional⁹⁴⁸ -.

Las palabras pronunciadas por FERENCZ en la sala de justicia donde tuvieron lugar los célebres juicios de Nüremberg -repetidas por CASSESE, presidente del TPIY y TPIR, el 18 de septiembre de 1997-, constituyen el alegato de quienes consideran que la creación de la CPI ha sido y es un elemento disuasorio, dirigido a prevenir la comisión de actos de agresión y otros crímenes contra la humanidad: «Los acusados en el banquillo fueron los verdugos crueles cuyo terror escribió la página más negra de la historia humana. La muerte era su herramienta y la vida su juguete. Si estos hombres quedan impunes, entonces la ley ha perdido su significado y el hombre debe vivir con miedo⁹⁴⁹».

hechos cometidos por el Ejército de la Resistencia del Señor y no aquellos otros cometidos por el otro bando -*Uganda People Defence Force* (Fuerzas de Defensa del Pueblo de Uganda)-, el cual depende del gobierno. De todos modos, si la CPI decidiera investigar los crímenes cometidos por las Fuerzas de Defensa del Pueblo de Uganda encontraría serias dificultades, puesto que su actuación depende fundamentalmente de la colaboración estatal. Así las cosas, no hay duda de que: «la complementariedad (...) [se muestra como] una importante aliada de los gobiernos de algunos países (...), que sacan provecho de sus propias fragilidades institucionales y sociales para usar la jurisdicción de la CPI políticamente. Cfr. MARCEL FERNANDES, J., *ob. cit.*, pág. 156.

⁹⁴⁶ Este caso fue remitido por el Consejo de Seguridad de la ONU -a través de la resolución 1.593 de marzo de 2005- debido a la incapacidad o a la falta de voluntad del sistema judicial de Sudán para actuar y castigar los graves crímenes cometidos en su territorio. El 4 de marzo de 2009, la sala preliminar de la CPI hizo pública la orden internacional de arresto contra Omar al-Bashir, presidente de Sudán, por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad (incluyendo posteriormente el cargo del delito de genocidio), convirtiéndose en el primer jefe de estado perseguido por la CPI. Asimismo, Ahmad Muhammad Harun, ministro de asuntos humanitarios y el líder *Janjaweed*, Ali Muhammad Al Abd-Al-Rahman, han sido relevantes personajes de la política de Sudán sobre los que han recaído órdenes de arresto. En su momento fueron muchas las voces alzadas a favor de Omar al-Bashir y otros con el objeto de reclamar la suspensión temporal del juicio con el argumento de que era necesario para la consecución de la paz en Sudán. *Ibid.* Pág. 164. Información disponible en la página web de la CPI: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Situations/Situation+ICC+0205/>

⁹⁴⁷ Vid. MARCEL FERNANDES, J., *ob. cit.*, pág. 187.

⁹⁴⁸ Vid. KEITH HALL, C., "La primera propuesta de creación de un tribunal penal internacional permanente", RICR, nº 145, 1998. Documento disponible en la página web del CICR: <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDLKQ>

⁹⁴⁹ Cfr. FERENCZ, B., "International Criminal Courts: The Legacy of Nuremberg", PILR, 1998, pág. 215. Documento disponible en: <http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1121&context=intlaw>

Estas palabras que debieron quedar impresas en las mentes de quienes participaron en la Conferencia de Roma, o incluso antes, lo fueron, no obstante, como uno de esos tatuajes estivales que el tiempo y el agua borran sin dificultad. Como se ha podido comprobar, la admiración por la Corte, que nació con multitud de limitaciones, ha ido decayendo a medida que se ha mostrado incapaz de poner fin a muchos de los abusos cometidos por el hombre⁹⁵⁰.

«The defendants in the dock were the cruel executioners whose terror wrote the blackest page in human history. Death was their tool and life their toy. If these men be immune, then law has lost its meaning and man must live in fear».

⁹⁵⁰ En cualquier caso, no hay que olvidar que la Corte no fue creada para perseguir cada uno de los crímenes graves que se producen en el mundo. Ésta no es por el momento la misión encomendada a la CPI. Sin embargo, sabiendo su auténtico cometido y habiendo analizado su principal instrumento legal -el Estatuto de Roma-, debemos ser conscientes, a estas alturas, de que son muchos los obstáculos que recaen sobre su limitado poder jurisdiccional. Respecto de todas sus limitaciones, KAUL indica que hay que tomar en consideración la cuestión relativa a su nulo poder de ejecución, así como el relevante hecho de que no dispone de soldados que le ayuden a llevar a buen término los compromisos adquiridos por medio del referido Estatuto. Ello, a su modo de ver, le hace depender aún más, si cabe, de la voluntad política de los Estados parte. *Vid.* KAUL, H-P., *ob. cit.*, pág. 6.

III. ¿Sincera voluntad de España de cooperar con la CPI?

Tras analizar la competencia jurisdiccional de la CPI y el relevante papel que las legislaciones domésticas de los Estados parte desempeñan a través del principio de complementariedad, nos queda una cuestión más por examinar relativa al modo en el que España resuelve una posible concurrencia de jurisdicciones entre la CPI y sus tribunales. Por lo tanto, habrá que hacer referencia a la Ley Orgánica 1/2009, así como a la Ley Orgánica 18/2003 de 10 de diciembre⁹⁵¹ para averiguar cuál es la solución a conflictos competenciales de semejante magnitud, pudiendo deducir de ello el verdadero grado de compromiso de España para con los valores e intereses que defiende gran parte de la comunidad internacional materializados en el Estatuto de Roma.

Así, en un primer momento debe traerse a colación el nuevo artículo 23.4 de la LOPJ en virtud del cual se especifica que España no podrá juzgar los delitos que estén siendo objeto de una investigación y persecución efectiva en el seno de un tribunal penal internacional. Por consiguiente, es evidente que el precepto impide actuar a los órganos judiciales españoles cuando un asunto se encuentre previamente en manos de la CPI. En definitiva, a diferencia de lo que sucedía con la derogada LOPJ, hoy no es posible una concurrencia entre la jurisdicción penal española y la de la Corte desde el instante en el que los hechos punibles en cuestión se encuentren ante ésta en vías de tramitación judicial.

En este mismo orden de ideas, debe destacarse que los artículos 7 y 8 de la Ley Orgánica 18/2003 establecen mecanismos de solución de controversias ante eventuales conflictos competenciales. El artículo 7 pone de relieve la imposible intervención de España ante crímenes graves enmarcados dentro del ámbito competencial de la Corte. Además, el primer párrafo del citado precepto legal atribuye al gobierno la capacidad para activar, si así lo considera oportuno, la actividad de la Corte⁹⁵². GIL GIL considera «criticable la asunción por el gobierno de la competencia para interponer la denuncia ante la CPI, pues el ejercicio de la acción penal corresponde en España a los ciudadanos o al fiscal, por lo que debería haberse otorgado algún papel en esta materia al Ministerio

⁹⁵¹ *Vid. Supra*. Nota 256.

⁹⁵² El párrafo primero del artículo 7 dispone que: «Corresponde exclusivamente al Gobierno, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta conjunta del Ministro de Asuntos Exteriores y del Ministro de Justicia, decidir la presentación de la denuncia de una situación ante el Fiscal de la Corte, de conformidad con lo prevenido en los artículos 13, párrafo a, y 14 del Estatuto, y en su caso, para instar de la Sala de Cuestiones Preliminares que el Fiscal reconsidere su decisión de no iniciar actuaciones, conforme al artículo 53.3.a del Estatuto».

Fiscal o a los Tribunales previa denuncia o querrela de los ciudadanos⁹⁵³». Es cierto que la concesión de tal prerrogativa al gobierno implica que el ejercicio de las acciones que pudieran derivarse del precepto señalado dependerán fundamentalmente de meros intereses políticos, a diferencia de lo que ocurriría si dicha función se hubiera otorgado, por ejemplo, a la fiscalía cuyas actuaciones se rigen por el principio de legalidad y no por simples maniobras o estratagemas políticas. Además, el párrafo segundo del artículo 7 puntualiza que cuando tengan lugar delitos graves cometidos por extranjeros en el extranjero y cuyo ámbito competencial corresponda a la Corte, los órganos judiciales españoles -que no podrán entrar a conocer los mismos- deberán informar a los denunciante acerca de la posibilidad de acudir al fiscal de la CPI para activar, si así lo desean, el asunto ante dicho órgano⁹⁵⁴.

A este respecto debemos comentar que si bien la entrada en vigor de la Ley de Cooperación se produjo en el año 2003 y que hasta el año 2009 no se aprobaría aquella otra que vendría a mermar en gran medida -como hemos visto- la jurisdicción universal, jurisprudencial y doctrinalmente reconocida en el artículo 23.4 de la vieja LOPJ, hay que tener en cuenta que hubo un lapso de tiempo de seis años en el que a pesar de que España contaba con la referida base jurisdiccional, la llegada de la Ley de 2003 supuso un fuerte batacazo para la misma -por mucho que se admita, según el tercer párrafo del artículo 7, una denuncia o querrela ante los órganos judiciales españoles cuando el fiscal de la Corte decida no abrir una investigación o declarar la inadmisibilidad de un asunto, puesto que no se establece un plazo de tiempo prudente para presumir que el fiscal de la CPI ha decidido no acordar, por los motivos que sean, la apertura del procedimiento⁹⁵⁵-.

Así las cosas, no sorprende que RODRÍGUEZ YAGÜE argumentara en su momento que el artículo 7.2: «(...) [matiza] el principio de jurisdicción universal, limitando la jurisdicción de los tribunales españoles cuando ejerzan su competencia en virtud del

⁹⁵³ Cfr. GIL GIL, A., *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales...*, ob. cit., pág. 110.

⁹⁵⁴ A raíz de la lectura del artículo 7, GIL GIL critica el hecho de que se impida a los jueces actuar para remitir una cuestión a la Corte. A su modo de ver, resulta cochante que no se prevea al menos una obligación en virtud de la cual se interponga por parte del gobierno la demanda oportuna ante dicho órgano con el objeto de que un asunto quede debidamente activado: «el compromiso adquirido por España, al firmar y ratificar el Estatuto, de luchar contra la impunidad de los crímenes en él contenidos y de cooperar con la CPI exigiría (...) que la prohibición de los jueces y tribunales españoles de conocer de los delitos que pudieran ser competencia de la Corte fuera acompañada en esos supuestos de inhibición de nuestros tribunales de la obligación del gobierno (...) de interponer la demanda correspondiente a la Corte». *Ibid.* Pág. 59.

⁹⁵⁵ Vid. ORIHUELA CALATAYUD, E., *El Derecho internacional ante los retos de...*, ob. cit., pág. 467. Asimismo: Vid. GIL GIL, A., *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales...*, ob. cit., págs. 60 y 61.

principio de justicia universal y restringiendo el contenido del principio formulado con carácter general en el art. 23.4 LOPJ y, con ello, la competencia extraterritorial española⁹⁵⁶». Otros opinan, en la misma línea, que la limitación de la actuación de los jueces y fiscales mientras el principio de universalidad se encontraba vigente en todo su esplendor respondía a la intención gubernamental de poner fin a nuevos casos como el de Pinochet -los cuales tienden a generar un sinfín de conflictos diplomáticos- que, a juicio de sus detractores, perjudicarían en exceso los intereses de España en sus relaciones bilaterales con terceros⁹⁵⁷.

Más adelante, los artículos 8 y 9 ahondan en problemas competenciales. Por un lado, el artículo 8 pone de relieve que los órganos judiciales españoles serán competentes con carácter prioritario si los hechos punibles se han cometido en territorio nacional o se han perpetrado por sujetos de nacionalidad española. Si concurren las anteriores circunstancias, se solicitará la inhibición del fiscal de la Corte. Es curioso lo que establece el párrafo segundo del mencionado artículo, puesto que determina que tendrá lugar esta inhibición, salvo que la Sala de Cuestiones Preliminares decida, a petición del fiscal, autorizar la investigación oportuna. Así las cosas, se puede comprobar que la inhibición del fiscal de la Corte no actúa siempre de forma automática. Por otro lado, el artículo 9 establece que el gobierno podrá acordar la impugnación de la competencia de la Corte o la admisibilidad de un asunto en caso de que los tribunales españoles ya hubieran dictado una sentencia, hubieran decretado el sobreseimiento libre del mismo o estuvieran conociéndolo, una vez que la Sala de Cuestiones Preliminares se haya pronunciado sobre la competencia de la CPI en dicho asunto⁹⁵⁸.

Tal y como denuncia DÍAZ PITA, resulta llamativo el hecho de que el artículo 8 únicamente permite solicitar la inhibición del fiscal de la Corte cuando estemos ante hechos ocurridos en territorio español o cometidos por nacionales españoles, ya que ello implica que no se podrá solicitar dicha inhibición cuando los jueces o tribunales

⁹⁵⁶ Cfr. RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *ob. cit.*, pág. 12. Adviértase que la autora citada se refiere al viejo artículo 23.4 de la LOPJ. Asimismo: Vid. QUESADA ALCALÁ, C., *ob. cit.*, págs. 392 y ss.

⁹⁵⁷ Vid. GIL GIL, A., *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales...*, *ob. cit.*, pág. 112.

⁹⁵⁸ A juicio de DÍAZ PITA, el artículo 9 es más restrictivo que el 19 del Estatuto de Roma, el cual regula de forma genérica los posibles motivos de impugnación o inadmisibilidad de un asunto ante la CPI. Vid. DÍAZ PITA, P., *ob. cit.*, pag. 10.

españoles sean competentes en virtud del principio de universalidad⁹⁵⁹. Obviamente ahora esta declaración no viene al caso y carece de sentido, pero téngase en cuenta que el contenido del referido precepto nos sorprende porque fue aprobado cuando se encontraba en vigor el derogado artículo 23.4 de la LOPJ que preveía y reconocía dicho principio habilitador de competencia sin ningún tipo de cortapisa. DÍAZ PITA alega que podría haberse dado la absurda situación de que coexistieran dos investigaciones por el mismo hecho, ya que «(...) legalmente el Estado Español no podría plantear un requerimiento de inhibición al fiscal de la CPI (...)»⁹⁶⁰.

En cualquier caso, siguiendo con la capacidad de impugnación de un asunto por parte de España ante la Corte, cabe hablar de la preferencia de la actuación de ésta cuando a pesar de haber solicitado la inhibición del fiscal, de haber impugnado la competencia o la admisibilidad del caso, la Sala de Cuestiones Preliminares decida seguir o, en su caso, dar comienzo a la investigación pertinente. El artículo 10 indica que si lo anterior ocurre «el órgano jurisdiccional español se inhibirá a favor de la Corte y a su solicitud le remitirá lo actuado». Según RODRÍGUEZ YAGÜE, si tienen lugar las circunstancias anteriormente descritas, la prioridad de la Corte resulta indiscutible, deduciéndose, por tanto, un carácter subsidiario -inexplicable, a nuestro juicio- de los órganos jurisdiccionales españoles competentes, frente a la primacía competencial de la CPI⁹⁶¹. Como ya se dijo, un planteamiento así no genera hoy excesivo resquemor en la medida en que el principio de universalidad ha desaparecido prácticamente de la escena judicial española gracias a la modificación legislativa del año 2009; pero lo que sí es cierto es que antes de la misma, la regulación contenida en la Ley Orgánica de Cooperación no sólo apuntaba maneras acerca del tenebroso futuro que le esperaba al mencionado principio, sino que restringía sin reparos y sin justificación alguna la esencia del célebre principio de justicia universal. Por todo lo cual podemos argumentar que si bien nos parece desafortunada la nueva regulación contenida en el artículo 23.4 de la LOPJ, debemos reconocer que al menos ahora la Ley 18/2003 sí se encuentra en perfecta sintonía con la nueva regulación de dicho principio⁹⁶².

⁹⁵⁹ Vid. DÍAZ PITA, P., *ob. cit.*, pag. 9. Este artículo nos da motivos para argumentar acerca de la escasa credibilidad que tiene el principio de universalidad en España.

⁹⁶⁰ *Ibidem*.

⁹⁶¹ Vid. RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *ob. cit.*, pág. 14.

⁹⁶² Siendo las cosas como eran en el pasado, apoyamos la tesis de DÍAZ PITA cuando afirmó hace unos años que «(...) es posible que el legislador español “haya olvidado” el art. 23.4 de la LOPJ pasando por alto el importante y trascendental aspecto transnacional de la jurisdicción de los órganos judiciales

Así pues, no hay duda de que una de las cuestiones más polémicas de la Ley española en materia de cooperación con la CPI fue que de la misma se concluyera que el ejercicio de su jurisdicción resultaba prioritaria en los casos en los que se podía producir la intervención de tribunales españoles en un mismo asunto con base en el principio de justicia universal. Actualmente, como ya se ha dicho, este problema se ha superado. Sin embargo, anteriormente, más de uno debió rasgarse las vestiduras tras comprobar que la Ley de 2003 de Cooperación establecía la jurisdicción prioritaria de la CPI -sabiendo no sólo que es complementaria, sino que además en el Estatuto de Roma nada se dice sobre una posible prohibición del principio de universalidad-.

No vale el argumento de quienes explicaron la restricción de la competencia judicial española como una delegación realizada en favor de un órgano supranacional a quien verdaderamente le corresponde la sanción y persecución de todos los graves crímenes perpetrados por el hombre, puesto que, como ya se ha dicho, la CPI no fue creada para tal fin. Por lo tanto, discrepamos con RODRÍGUEZ YAGÜE cuando afirma que la finalidad de los artículos comentados de la Ley de Cooperación «no es otro que priorizar la Corte por delante de las jurisdiccionales nacionales con el objeto de evitar que éstas se conviertan en sustitutos de la Corte (...)»⁹⁶³, ya que -sin entrar en que quizá estas afirmaciones pudieran resultar, en algún futuro, recomendables- no ha sido ese el verdadero espíritu del Estatuto de Roma. Además, como ya se ha explicado, la CPI actúa con medios personales y materiales muy limitados que hacen completamente imposible que en estos momentos pueda erigirse como *sustituta* de la actuación de los tribunales de los Estados partes en la persecución de ilícitos graves.

Finalizando, pues, con este capítulo y con ánimo de dar una clara respuesta a la pregunta del presente epígrafe, debemos traer a colación el significado proporcionado por la Real Academia Española respecto a la palabra "cooperación" que consiste en *obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin* para reafirmarnos en nuestra opinión relativa a que la normativa española, que pretendía articular un ámbito de cooperación entre la jurisdicción española y la CPI, no actúa en ningún momento como tal en la medida en que los preceptos legales comentados «operan una inversión de la relación de complementariedad de la jurisdicción española con la de la CPI para ciertas

españoles. Convendría (...) una revisión de lo dispuesto en la L.O. 18/2003 que lograra una auténtica concordancia no solo con nuestra legislación interna sino también con el contenido del Estatuto de Roma». Cfr. DÍAZ PITA, P., *ob. cit.*, pag. 11.

⁹⁶³ Cfr. RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *ob. cit.*, pág. 15.

categorías de crímenes⁹⁶⁴», lo que -a nuestro modo de ver- resulta absolutamente criticable.

Habiendo analizado las innegables limitaciones de la Corte y tras haber examinado el rol indispensable que las legislaciones domésticas asumen ante sus notorias y diversas carencias, la Ley de Cooperación española no contribuye tanto como pudiera al fin que la Corte persigue -debidamente explicitado en el Preámbulo del Estatuto de Roma- y que estriba en no dejar espacio alguno en favor de la impunidad. Es más, desde nuestro punto de vista, sucede todo lo contrario: la regulación española, parece cobijarse dentro del referido Estatuto, adoptando una actitud de *laissez faire* en favor de la Corte que nos lleva a cuestionar si el desatino del legislador español ha sido algo deliberado para evitar, como ya se ha sugerido, la llegada masiva de asuntos -en su mayoría polémicos- ante nuestros órganos judiciales. Sea como fuere, la Ley española de cooperación con la CPI no fue más que un preludio de lo que aún estaba por llegar: la Ley Orgánica 1/2009.

⁹⁶⁴ Cfr. PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución...*, ob. cit., pág. 119.

Capítulo siete:

Inmunidades de jurisdicción y la justicia universal

*«Es más probable que una persona sea imputada y juzgada
por matar a un ser humano que por matar a
100.000⁹⁶⁵»*

⁹⁶⁵ Discurso de Kofi Annan -de 19 de marzo de 2002- en virtud del cual hizo mención a las palabras pronunciadas en su día por José Ayala Lasso (ex Alto Comisionado de los Derechos Humanos de la ONU): "Parliamentarians must ensure that consensus of poor, vulnerable kept at forefront". Documento disponible en la página web de la ONU: <http://www.un.org/ffd/pressrel/19b.htm>
«A person stands a better chance of being tried and judged for killing one human being than for killing 100,000».

En el presente capítulo haremos referencia a la inmunidad de los agentes estatales en el extranjero como uno de los obstáculos con los que puede toparse un país cuando ejercita el principio de jurisdicción universal reconocido en su ordenamiento jurídico interno. En el caso de que dicho principio prevaleciera, podría ser considerado, según algunos, no sólo como una vulneración a la igualdad soberana consagrada en el Derecho Internacional, sino además como un mecanismo limitador y contrario a la propia esencia de la inmunidad de jurisdicción que suelen gozar los altos representantes estatales, lo que provocaría, sin duda alguna, problemas espinosos en las relaciones internacionales.

Antes de nada debemos recalcar la idea de que la inmunidad de jurisdicción penal implica que los agentes de un Estado no pueden quedar sometidos a los tribunales de otros Estados, salvo que haya mediado el consentimiento de aquel al que representa. A mayor abundamiento, destacamos que no puede iniciarse un procedimiento judicial contra un alto agente estatal extranjero por crímenes internacionales cuando se encuentre todavía en activo. Ello hace referencia -como ya se verá en los siguientes apartados- a la subsistencia de la inmunidad personal (*ratione personae*) de los representantes estatales en ejercicio, frente a la exclusión de la inmunidad funcional (*ratione materiae*) de los antiguos representantes estatales.

Al hilo de las recientes consideraciones, conviene tener presente que la esencia de la inmunidad estriba en la idea de que es completamente necesaria para asegurar que los altos representantes estatales desempeñan eficazmente sus funciones (así se puso de relieve en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961 que entró en vigor el 24 de abril de 1964). Ello debe conjugarse con la premisa de que dicha inmunidad no puede servir de escudo a quienes en el ejercicio de su cargo cometen graves crímenes. Así pues, teniendo en cuenta lo uno como lo otro, no cuesta imaginar los problemas que plantea la criminalización de la figura de la inmunidad. Esta cuestión entronca, indudablemente, con la progresiva importancia del principio de universalidad en el seno de la comunidad internacional. En definitiva, no tendría sentido que los acusados pudieran resguardarse o escudarse en su alta posición o cargo para impedir la celebración de un proceso sobre graves ilícitos en la medida en que dejaría en agua de borrajas «(...) las disposiciones destinadas a reprimir las infracciones graves de

los citados Convenios y, en particular, haría inoperante el ejercicio del principio de justicia universal⁹⁶⁶».

⁹⁶⁶ Cfr. JORGE URBINA, J., *ob. cit.*, pág. 271.

I. Consideraciones relevantes acerca de la inmunidad de jurisdicción

Como más adelante se verá, desde el punto de vista de la CIJ, la inmunidad resulta operativa durante el periodo en el que el imputado desempeña las funciones que su alto cargo le procura, desapareciendo todo rastro de ella en el momento en el que es cesado, pudiéndose, por tanto, entablar un juicio contra dicha persona por los actos ilícitos que haya cometido⁹⁶⁷. Generalmente las legislaciones internas de los Estados se han mostrado conformes con el reconocimiento de dicha inmunidad⁹⁶⁸. Sin embargo, han surgido numerosos conflictos en el seno de los tribunales nacionales -en su mayoría pertenecientes a terceros Estados no implicados en los hechos delictivos en cuestión- que, haciendo uso del correspondiente título competencial, como pudiera ser el derivado del principio de universalidad, han pretendido juzgar graves crímenes cometidos por personas que ocupaban en su momento puestos de alta responsabilidad estatal.

Durante la Sesión de Vancouver del Instituto de Derecho Internacional, se aprobó una Resolución, el 26 de agosto de 2001, en virtud de la cual se determinó que el jefe de estado gozaba de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de un Estado extranjero por cualquier delito que hubiese cometido, independientemente de la

⁹⁶⁷ Asunto *República Democrática del Congo c. Bélgica* (Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000). Vid. *Supra*. Nota 52. Este caso, ventilado ante la CIJ, surgió cuando el juez de instrucción del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas -actuando conforme al principio de jurisdicción universal- emitió, el 11 de abril de 2000, una orden internacional de arresto contra el entonces ministro de asuntos exteriores de la República Democrática del Congo, Yerodia Abdoulaye Ndombasi, por presuntos delitos que constituían graves violaciones del Derecho Internacional. Frente a esta orden internacional de detención, la demanda del Estado congoleño ante la CIJ no se hizo esperar. Sus alegaciones se basaron en determinar que Yerodia Ndombasi durante el tiempo de su mandato gozaba de una inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción plena y absoluta en materia penal; afirmó, además, que no cabía incoar, ante un órgano judicial extranjero, un proceso penal contra él en tanto en cuanto permaneciera en su cargo. Por otro lado, Bélgica distinguió entre actos realizados a "título oficial" y a "título privado", señalando que la inmunidad de los ministros de asuntos exteriores ante los órganos judiciales extranjeros sólo puede predicarse respecto de los actos realizados en el desempeño de sus funciones oficiales; e insistió a su vez en el hecho de que Yerodia Ndombasi, en el momento de realizar los hechos ilícitos imputados, no gozaba de inmunidad. La Corte declaró, en su Sentencia de 14 de febrero de 2002, que la finalidad de las inmunidades de los representantes estatales radica en garantizar una adecuada realización de las tareas que desempeñan en nombre de sus respectivos Estados. Asimismo, concluyó que sus funciones son de tal naturaleza que, mientras permanezcan ejerciendo su cargo, gozan de una inmunidad de jurisdicción plena en materia penal, la cual les protege contra todo acto de autoridad proveniente de otro Estado. La CIJ resolvió que la inmunidad *ratione personae* subsistía incluso frente a la comisión de crímenes contra la humanidad. Por lo tanto, la orden de arresto emitida por las autoridades belgas fue cancelada.

⁹⁶⁸ Desde la perspectiva de las relaciones internacionales, la inmunidad existe, fundamentalmente, para promover relaciones estables entre los Estados, cuya base descansa en la idea de que los conflictos deben quedar resueltos por medio de la diplomacia. Así, algunos autores indican que el objetivo de la inmunidad radica en la necesidad de preservar «(...) los intereses esenciales de la comunidad internacional y las excepciones, aparte de su carácter intrínsecamente desestabilizador, podrían ser aprovechadas políticamente para hostigar a quienes encarnan la representación de un Estado extranjero más como enemigos que como criminales». Cfr. REMIRO BROTONS, A., *et. al.*, *Derecho Internacional*, ob. cit., pág. 1.266.

gravedad del mismo, siempre que el país al que represente no haya renunciado expresamente a su inmunidad⁹⁶⁹. No obstante, esta Resolución determina que las inmunidades no son un obstáculo para que una vez finalizado el cometido de la persona presuntamente responsable de cometer un acto ilícito grave sea investigada por los hechos delictivos que se le atribuyen⁹⁷⁰. De esta forma, la inmunidad no debe contemplarse como un mecanismo que otorga un salvoconducto *ad eternum* en beneficio de aquel que ocupó un cargo de alta importancia en el gobierno de un Estado. En definitiva, la inmunidad finaliza en el momento en el que deja de realizarse la función pública que el sujeto en cuestión tenía encomendada.

Sin embargo, se dan supuestos en los que esta inmunidad no opera bajo ninguna circunstancia. Estamos hablando de juicios ventilados ante tribunales penales internacionales, cuya regulación prescribe la inexistencia de la inmunidad en la medida en que éstos no se ven afectados por el principio *par in parem non habet iurisdictionem* o *par in parem imperium non habet*, el cual disculpa a los altos cargos de los Estados a ser juzgados por los órganos judiciales de otros Estados⁹⁷¹. En cualquier caso, la actuación de los mencionados tribunales no suele ser ilimitada, ya que no es posible forzar a los Estados a que cooperen sin límite alguno. Además, no sólo existen normas internacionales que recogen la categoría jurídica de la inmunidad, sino que muchos países, como el norteamericano, han suscrito multitud de acuerdos con el objeto de proteger a sus agentes civiles y militares⁹⁷².

En cualquier caso, el hecho de que los tribunales internacionales dispongan de una amplia capacidad para juzgar crímenes graves, independientemente de quien sea o, mejor dicho, del cargo que ocupa la persona presuntamente responsable, tiene su lógica.

⁹⁶⁹ El artículo 2 de la Resolución de Vancouver dispone que: «In criminal matters, the Head of State shall enjoy immunity from jurisdiction before the courts of a foreign State for any crime he or she may have committed, regardless of its gravity». Y el artículo 7 establece que: «The Head of State may no longer benefit from the inviolability, immunity from jurisdiction or immunity from measures of execution conferred by international law, where the benefit thereof is waived by his or her State. Such waiver may be explicit or implied, provided it is certain». Documento disponible en la página web del Instituto de Derecho Internacional: http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/2001_van_02_en.PDF

⁹⁷⁰ El artículo 13 de la Resolución de Vancouver de 2001 dispone lo siguiente: «1. A former Head of State enjoys no inviolability in the territory of a foreign State. 2. Nor does he or she enjoy immunity from jurisdiction, in criminal, civil or administrative proceedings, except in respect of acts which are performed in the exercise of official functions and relate to the exercise thereof. Nevertheless, he or she may be prosecuted and tried when the acts alleged constitute a crime under international law, or when they are performed exclusively to satisfy a personal interest, or when they constitute a misappropriation of the State's assets and resources». *Ibidem*.

⁹⁷¹ *Vid.* REMIRO BROTONS, *et. al.*, *Derecho Internacional*, *ob. cit.*, pág. 1.265.

⁹⁷² *Ibidem*.

No hay que olvidar que los ilícitos que afectan a la comunidad internacional requieren de la utilización de importantes medios materiales y personales que sugieren su gravedad -revistiéndose así del carácter masivo y sistemático que la legislación internacional prescribe-. Además, este tipo de actos suelen traducirse en una implicación o en una participación medianamente directa de los máximos dirigentes estatales. Así pues, si los tribunales internacionales no tuvieran la posibilidad de juzgar a estos dirigentes, poca eficacia se desprendería de su actuación, lo que, entre otras cosas, se traduciría en una actividad judicial salpicada por el descrédito. A este respecto, SÁNCHEZ LEGIDO afirma que: «(...) de mantenerse con carácter absoluto la operatividad de las inmunidades incluso ante crímenes de derecho internacional especialmente graves, se daría la paradoja de que quienes habitualmente son en la práctica los principales artífices de su perpetración, vendrían a quedar exentos de responsabilidad⁹⁷³».

Se han producido, pues, avances considerables en torno a la consagración del principio de irrelevancia del cargo en el marco del Derecho Internacional, el cual se encontraba presente en el artículo 227 del Tratado de Versalles que puso fin a la Primera Guerra Mundial. En dicho marco podemos afirmar, por ende, que la responsabilidad penal de una persona no dependerá de su cargo o de las funciones que desempeña. Así, el artículo 27 del Estatuto de Roma refleja que hoy en día las inmunidades de los altos dirigentes estatales no son un argumento jurídico válido para impedir que un órgano judicial supranacional, como la CPI, juzgue los graves ilícitos que cometen. En este sentido, el juicio celebrado ante el TPIY contra Slobodan Milosevic constituye todo un ejemplo⁹⁷⁴.

Consecuentemente, los verdaderos problemas en torno a la inmunidad surgen en el enjuicimiento de un alto cargo por un tribunal estatal. Como ya se dirá en los siguientes epígrafes, la clave de la actuación judicial doméstica está en que la persona acusada ocupe o, por el contrario, haya dejado de ocupar la alta posición oficial que le proporcionaba protección.

⁹⁷³ Cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, ob. cit., pág. 337.

⁹⁷⁴ El juicio celebrado ante el TPIY contra el líder serbio Slobodan Milosevic, presidente de Serbia (1989-1997) y de Yugoslavia (1997-2000), comenzó en el año 2002 ante las múltiples querellas presentadas, las cuales le acusaban de haber cometido delitos de genocidio y crímenes contra la humanidad en Croacia, Bosnia y Kosovo. Estas acusaciones tenían como base argumental su presunta participación en la empresa criminal -diseñada e ideada por altos mandatarios serbios- basada en exterminar y deportar a personas no serbias. En el año 2006, el caso fue cerrado tras saberse que había fallecido en su celda de prisión de La Haya.

Desde nuestro punto de vista y como hemos subrayado anteriormente, la inmunidad no debería utilizarse como un medio para impedir la aplicación de la sanción correspondiente al alto representante estatal que es sospechoso de haber cometido graves ilícitos que afectan a la comunidad internacional en su conjunto, sea respecto de órganos judiciales internacionales como nacionales, que actúen con un fundamento de jurisdicción territorial, personal o universal. La inmunidad no puede significar o no puede traducirse en impunidad. Sin embargo, la CIJ ha sido muy clara a este respecto en el asunto *Yerodia*, admitiendo -en el párrafo 71 y siguientes de su Sentencia- la supervivencia absoluta de la inmunidad *ratione personae*. No obstante, esta inmunidad de jurisdicción penal absoluta cederá cuando en la grave actuación de un ministro de asuntos exteriores concorra alguna de las circunstancias siguientes: a) cuando en el Estado de su nacionalidad no disfrute del privilegio de inmunidad de jurisdicción penal absoluta; b) cuando su propio Estado haya decidido retirarle la inmunidad de jurisdicción de que la que previamente disfrutaba; c) cuando se produzca el cese de su cargo (en este caso, siempre que se tenga competencia de conformidad con el Derecho Internacional, los tribunales de cualquier Estado podrán juzgar a un antiguo ministro por los actos cometidos antes o después de su mandato o, incluso, por los cometidos durante el ejercicio de su cargo pero en su condición privada); y d) cuando la competencia para juzgar al ministro de asuntos exteriores -con independencia de que esté en activo o no- se atribuya a un órgano jurisdiccional penal internacional que resulte competente⁹⁷⁵.

Por lo tanto, el fallo de la CIJ en el asunto *Yerodia* sentó una jurisprudencia que no deja lugar a equívocos: la inmunidad de jurisdicción penal *ratione personae* es absoluta -abarcando actos oficiales y privados- y permanece -siempre que no tenga

⁹⁷⁵ Véase el párrafo 61 de la Sentencia de la CIJ de 14 de febrero de 2002. En torno a estas cuestiones, JORGE URBINA proclama que la posición adoptada por la CIJ no es clara, ya que da a «(...) entender que la persecución de los antiguos dirigentes políticos del Estado por tribunales extranjeros sólo sería posible por los actos de carácter privado realizados durante el desarrollo de sus funciones oficiales, no así por los de carácter público». Cfr. URBINA, J.J., *ob. cit.*, pág. 290. A su modo de ver, la Corte, en el asunto *Yerodia*, debió considerar que la inmunidad no es un obstáculo para enjuiciar actos realizados por altos cargos estatales en el caso de ser susceptibles de recibir la calificación de crímenes graves por el Derecho Internacional. Vid. URBINA, J.J., *ob. cit.*, pág. 290. Asimismo, CARNERERO CASTILLA afirma que la decisión de la Corte es, en este caso, "reaccionaria", puesto que de la misma se deduce que no existen excepciones a la regla general de la inmunidad aún en el caso de comprobar que el acusado ha incurrido en comportamientos execrables. Vid. CARNERERO CASTILLA, R., "Un paso atrás en la lucha contra la impunidad; La Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 en el asunto relativo a la orden de arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)", CJI, Vol. I, 2004, pág. 95.

lugar alguna de las cuatro circunstancias anteriormente señaladas- ante la comisión de crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad.

II. La inmunidad de los altos representantes estatales

En este apartado nos centraremos en las denuncias formuladas contra las máximas figuras que tienen encomendada la representación estatal: jefe de estado, jefe de gobierno y ministro de asuntos exteriores. La peculiaridad que nos encontramos ante tales personalidades es que la inmunidad *ratione personae* que se les concede radica, lógicamente, en la importancia del cargo que ocupan y la incidencia que sus actuaciones tienen no sólo en el rumbo de la política interior estatal, sino también en la exterior. Así, cuando sobre aquéllos recae la sólida sospecha de que han cometido crímenes graves, habrá que determinar si resultan aplicables las referidas inmunidades, generándose una enconada discusión entre dos valores fundamentales contemplados por el Derecho Internacional: por un lado, la soberanía e igualdad de los Estados y, por otro, la protección de los derechos humanos que tanto preocupan, en teoría, a la comunidad internacional. Como ya dijera JIMÉNEZ GARCÍA, la «(...) interacción entre las normas de derechos humanos y las reglas relativas a las inmunidades se concibe de antemano como antagonista e irreconciliable, de forma tal que hay que sacrificar la razón última de uno de los sistemas (...)»⁹⁷⁶. Por lo tanto, ante esta compleja situación, analizaremos a continuación casos en los que puede apreciarse dicha colisión de valores -la no injerencia estatal frente al rechazo de la impunidad de crímenes graves-, teniendo en cuenta que existe una distinción exclusivamente dependiente en si las citadas personas se encuentran en el ejercicio de sus funciones oficiales o si, por el contrario, han abandonado o han sido cesadas de sus cargos respectivos.

2. 1. *La inexistencia de inmunidad de los ex dirigentes estatales*

En el momento en el que las más altas personalidades de un Estado son cesadas o abandonan su cargo, su inmunidad penal frente a acusaciones de comisión de crímenes internacionales desaparece, dejando vía libre a la actuación de los tribunales estatales comprometidos con la protección de los derechos humanos. Así lo corrobora el artículo 13 de la Resolución de Vancouver de 2001 en virtud del cual un antiguo agente estatal no gozará de inmunidad jurisdiccional cuando los hechos denunciados constituyan una violación del Derecho Internacional⁹⁷⁷. Las actuaciones de los tribunales internos parecen confirmar estas premisas. Todo indica, pues, que la

⁹⁷⁶ Cfr. JIMÉNEZ GARCÍA, F., *ob. cit.*, pág. 124.

⁹⁷⁷ *Vid. Supra*. Nota 969.

inmunidad de la que se dispuso mientras se ocupó el cargo no protege más a su titular por hechos acaecidos durante ese tiempo, ni siquiera invocando que lo fueron en el ejercicio de sus funciones. En definitiva, actuar criminalmente no puede considerarse ejercicio de una función pública⁹⁷⁸.

La primera vez que se planteó esta cuestión ante una jurisdicción doméstica fue en el Reino Unido con la celebración del juicio contra Pinochet. El ex general había viajado previamente al Reino Unido en otras ocasiones. No obstante, para la visita privada de 1998 al país británico, la Cancillería chilena emitió un decreto de inmunidad que no fue tramitado correctamente, por lo que la defensa de Pinochet renunció a la posibilidad de alegar la inmunidad diplomática del general dada la dificultad de proceder a su demostración. Sea como fuere, en este caso «(...) quienes sostenían la solicitud de extradición trataron de hacer saltar la llave de la inmunidad del jefe de Estado extranjero que podía impedir conseguir su objetivo, subrayando que la asunción por Pinochet de dicho cargo no había sido inmediata y que, en todo caso, había sido y permanecido inconstitucional⁹⁷⁹». En cualquier caso, la *High Court* de Londres consideró que Pinochet fue jefe de Estado de la República de Chile a partir del 11 de septiembre de 1973 hasta el 11 de marzo de 1990.

En opinión de SÁNCHEZ LEGIDO tres son las apreciaciones que pueden deducirse del asunto *Pinochet* -teniendo en cuenta que fueron tres los pronunciamientos judiciales sobre este caso-: a) la privilegiada situación de la inmunidad de un agente estatal a pesar de que se haya podido constatar la perpetración de crímenes de trascendencia internacional -siempre que queden enmarcados en el ejercicio de su autoridad pública y no se haya producido la renuncia expresa de la inmunidad- (este fue el motivo por el que la decisión de la *High Court* de 28 de octubre de 1998 anuló la orden de arresto contra Pinochet); b) algunos actos especialmente graves no pueden ser considerados como actividades realizadas en el ejercicio de las funciones estatales de un alto miembro del gobierno (esta tesis fue sostenida por el primer comité de apelación de la cámara de los Lores)⁹⁸⁰; y c) la superioridad jerárquica de la persecución y sanción de los crímenes más graves del Derecho Internacional sobre la inmunidad de los viejos

⁹⁷⁸ Vid. JORGE URBINA, J., *ob. cit.*, pág. 288.

⁹⁷⁹ Cfr. REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet: los límites de...*, *ob. cit.*, pág. 119.

⁹⁸⁰ Esta decisión autorizaba la extradición del acusado a España.

representantes estatales (tesis esgrimida por el segundo Comité de apelación de la *House of Lords*)⁹⁸¹.

Consecuentemente, el planteamiento que prosperó finalmente en el Reino Unido fue el que hizo «prevalecer la idea de represión de los crímenes de Derecho internacional sobre la inmunidad de los antiguos representantes estatales⁹⁸²», reconociendo una inmunidad *ratione personae* sin fisuras en las actuaciones de los agentes estatales todavía en ejercicio⁹⁸³. Así pues, a través del asunto *Pinochet*, se determinó que la inmunidad de los agentes estatales finaliza una vez abandonado el cargo que en su día le confirió protección.

Esta misma cuestión volvió a repetirse en el caso *Bouterse*, cuando el Tribunal de Apelación de Ámsterdam acordó, el 20 de noviembre de 2000, rechazar la inmunidad del antiguo jefe de estado de Surinam sospechoso de cometer graves crímenes⁹⁸⁴. Algo parecido sucedió en el caso *Habré*⁹⁸⁵, el cual dio pie a que Bélgica, en el año 2009, planteara una demanda ante la CIJ, alegando el incumplimiento de la obligación de la República de Senegal de procesar al ex presidente de Chad o de conceder, en su defecto, la extradición del sospechoso⁹⁸⁶. No obstante, en mayo de 2009, la CIJ rechazó la

⁹⁸¹ Vid. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, ob. cit., págs. 343 y ss. El proceso contra Augusto Pinochet ventilado en el Reino Unido puso de manifiesto tesis totalmente contrapuestas en torno a la inmunidad jurisdiccional de los jefes de Estado. Como acabamos de ver, la primera decisión judicial británica abogó por reconocer una inmunidad absoluta que únicamente "cedería" en el caso de que el acusado hubiera realizado actos en su propio beneficio. La segunda decisión exceptuó la inmunidad de los jefes de estado y de gobierno cuando sus actividades dañaran los intereses de la comunidad internacional. Y, finalmente, el tercer pronunciamiento judicial estableció, al igual que el anterior, límites a la inmunidad de los agentes estatales que hubieran incurrido en la comisión de crímenes internacionales (los razonamientos de las dos últimas son diferentes si bien concluyen de forma parecida).

⁹⁸² *Ibid.* Pág. 349.

⁹⁸³ REMIRO BROTONS nos recuerda que aunque «(...) esta clase de inmunidad no está en juego en el caso *Pinochet*, lord Millet advierte que la inmunidad *ratione personae* operaría en todo caso, a pesar de la Convención de 1984 y de la (...) *Criminal Justice Act* de 1988, porque dicha inmunidad no depende de la naturaleza del acto inculcado (...)». Cfr. REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet: los límites de...*, ob. cit., pág. 122.

⁹⁸⁴ Vid. *Supra*. Nota 349.

⁹⁸⁵ En julio de 2006, el presidente de Senegal -a petición de la UA- decidió enjuiciar a Hissène Habré (considerado como el "Pinochet de África"), antiguo jefe de estado y de gobierno de Chad, ya que se encontraba exiliado en aquel país. Previamente, en septiembre de 2002, un juez belga emitió una orden de detención contra el sujeto en cuestión, acusándolo de cometer crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y torturas durante sus ocho años de mandato (1982 a 1990). Más adelante, las autoridades de Senegal, en noviembre de 2005, procedieron a su arresto. Unos años después, la Constitución senegalesa fue modificada con el propósito de que Habré fuera debidamente sancionado.

⁹⁸⁶ Documento disponible en la página web de la CIJ: <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/15052.pdf>

solicitud de Bélgica de adoptar medidas provisionales para mantener a Hissène Habré bajo el control y vigilancia de las autoridades judiciales senegalesas⁹⁸⁷.

Cabe apreciar, pues, una práctica judicial tendente a rechazar la aplicación de la figura de la inmunidad funcional (*ratione materiae*) respecto de representantes estatales que han abandonado el cargo. Sin embargo, existe cierta confusión a la hora de determinar la base sobre la cual se fundamenta esta consideración. En ocasiones, se argumenta que la excepción a la regla general de inmunidad decae porque ciertos crímenes no pueden contemplarse como actos protegidos por la misma al no quedar comprendidos en el ámbito de su función oficial o porque la represión de ciertas conductas -por medio, fundamentalmente, de la aplicación del principio de universalidad- prevalece sobre cualquier otra cuestión⁹⁸⁸. Sea como fuere, lo relevante de todo ello es que «quienes por una u otra razón han perdido la más alta magistratura política del Estado no pueden ampararse en un estatuto periclitado para evitar la persecución penal por crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad⁹⁸⁹».

2. 2. *La inmunidad de los dirigentes estatales en ejercicio*

Como ya se ha señalado, en los últimos años se ha abierto el debate entre los que defienden la soberanía estatal, frente a quienes promulgan la defensa y protección de los derechos humanos fundamentales. Estos continuos embates han puesto en tela de juicio las viejas y rígidas doctrinas configuradoras de la inmunidad. El asunto *Pinochet*, ventilado ante las autoridades británicas, marcó un relevante punto de inflexión en torno a la desaparición de la inmunidad *ratione materiae* de los antiguos jefes de estado por actos desempeñados en el ejercicio de su cargo. Este importante avance no se ha visto reflejado del mismo modo en el caso de las inmunidades de las altas personalidades estatales todavía en ejercicio. Sin embargo, son cada vez más frecuentes las posiciones inclinadas a defender la idea de que la inmunidad *ratione personae* debe ceder cuando se producen daños derivados de la violación de normas de derechos humanos de carácter *ius cogens*.

⁹⁸⁷ El fundamento de la decisión de la CIJ es la siguiente: «the Court finds that the risk of irreparable prejudice to the rights claimed by Belgium is not apparent on the date of this Order and concludes from the foregoing that there does not exist, in the circumstances of the present case, any urgency to justify the indication of provisional measures by the Court». En definitiva, no se cumplían los requisitos necesarios para decretar medidas provisionales, ya que no había motivos de urgencia para proceder a su adopción ni un riesgo de causar un perjuicio irremediable a los derechos invocados por Bélgica. Documento disponible en la página web de la CIJ: <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/15146.pdf>

⁹⁸⁸ Vid. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *La práctica española en materia de jurisdicción universal*, ob. cit.

⁹⁸⁹ Cfr. REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet: los límites de...*, ob. cit., pág. 118.

En cualquier caso, la inmunidad *ratione personae* de los dirigentes estatales en activo persiste todavía. Ello queda patente en el asunto ventilado ante la CIJ como consecuencia de la orden de detención emitida por Bélgica, el 11 de abril de 2000, contra Yerodia Ndombasi, ministro de asuntos exteriores de la República Democrática del Congo, entre el 15 de diciembre de 1999 y el 19 de noviembre de 2000⁹⁹⁰. Los hechos que se le imputaron fueron cometidos en agosto de 1998 cuando ostentaba tan sólo el cargo de director de la oficina del presidente Kabila. Bajo dicho cargo, éste incitó -mediante todo tipo de arengas- al exterminio étnico de los tutsis que se encontraban en la República Democrática del Congo. Las denuncias presentadas ante las instancias nacionales belgas abarcaban una serie de hechos que, según los acusadores, constituían crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Ante tales circunstancias, el juez belga decidió emitir la citada orden de arresto contra Yerodia Ndombasi.

Inmediatamente, la República Democrática del Congo presentó una demanda, ante la CIJ, contra Bélgica al entender que el país europeo había violado el principio de igualdad soberana, así como las normas internacionales relativas a la inviolabilidad e inmunidad diplomática. El asunto finalizó, como se ha avanzado en repetidas ocasiones, con la Sentencia de 14 de febrero de 2002 en virtud de la cual se reconoció que efectivamente Bélgica había vulnerado la inmunidad jurisdiccional de Yerodia Ndombasi al ostentar el cargo de ministro de asuntos exteriores en el momento en el que la orden de arresto fue cursada. A juicio de la Corte, la emisión de la orden constituyó una violación de la inmunidad de jurisdicción criminal que gozan los ministros de asuntos exteriores. Bélgica, responsable internacionalmente del ilícito cometido, canceló la orden⁹⁹¹.

Al hilo de estas consideraciones, conviene hacer hincapié en que la República Democrática del Congo centró su argumentación en declarar que Yerodia Ndombasi disfrutaba del privilegio de la inmunidad jurisdiccional durante el periodo en el que ocupó el cargo de ministro de asuntos exteriores, el cual incluía el momento en el que la orden de arresto fue emitida por las autoridades judiciales belgas. A mayor abundamiento, el país congoleño afirmó que aunque la legislación belga excluyera la inmunidad, no era factible que las autoridades del país europeo alegaran el

⁹⁹⁰ *Vid. Supra.* Nota 52 y 967. Asunto *República Democrática del Congo c. Bélgica (Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000)*.

⁹⁹¹ *Ibidem.*

cumplimiento de su derecho interno para justificar el incumplimiento de la normativa internacional. Otro de los puntos fuertes de su alegato consistió en denunciar las continuas contradicciones en las que caía la propia orden de detención en virtud de la cual se instaba a terceros países a cooperar⁹⁹². Por otro lado, Bélgica repitió insistentemente que, en el momento en el que la CIJ examinaba el asunto, Yerodia ya no ocupaba ningún cargo ministerial.

Tras la argumentación de las partes, la Corte decidió «(...) que las funciones de un ministro de asuntos exteriores son tales que, a lo largo de la duración de su cargo, él o ella, cuando se encuentre en el extranjero, goza de plena inmunidad de jurisdicción e inviolabilidad penal. Esa inmunidad y esa inviolabilidad protegen a la persona en cuestión en contra de cualquier acto de autoridad o de otro Estado que suponga una traba en el desempeño de sus funciones⁹⁹³». Advirtió, además, que no sólo no cabía hacer distinciones entre actos públicos y privados⁹⁹⁴, sino que tampoco se podía apreciar diferencia alguna entre actos realizados en un periodo anterior o posterior a que la persona en cuestión asumiera un alto cargo estatal y aquellos otros ocurridos cuando sí lo ostentaba. La Corte, yendo todavía más lejos, puntualizó que era irrelevante si el

⁹⁹² FERRER LLORET pone de relieve que es el propio juez belga el que descartó la ejecución de la orden de arresto si el entonces ministro de asuntos exteriores del Congo se hubiera encontrado de visita oficial por Bélgica. *Vid.* FERRER LLORET, J., "Impunidad *versus* inmunidad de jurisdicción: la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 (República Democrática del Congo contra Bélgica)", ADI, n° XVIII, 2002, pág. 326.

⁹⁹³ Párrafo 54 de la Sentencia de la CIJ de 14 de febrero de 2002: «(...) the function of a Minister for Foreign Affairs are such that, throughout the duration of his or her office, he or she when abroad enjoys full immunity from criminal jurisdiction and inviolability. That immunity and that inviolability protect the individual concerned against any act of authority or another State which would hinder him or her in the performance of his or her duties». Esta afirmación fue duramente criticada por algunos jueces que integraron el tribunal encargado de enjuiciar el referido asunto. Según BOLLO AROCENA, las críticas fueron básicamente las siguientes: «(...) en primer lugar, la inmunidad que ostenta un ministro de Asuntos Exteriores es más restringida que la inmunidad de la que disfruta un jefe de Estado, pues nada avalaría realmente la tesis de la Corte sobre la existencia de una norma consuetudinaria que equipare a estos efectos a los jefes de Estado con los ministros de Asuntos Exteriores. Y, en segundo lugar, la distinta naturaleza de la norma que prohíbe la comisión de determinadas conductas criminales (*ius cogens*) y de la norma que reconoce la inmunidad penal de quien desempeña un determinado cargo (derecho consuetudinario) debería hacer primar aquélla sobre ésta». *Cfr.* BOLLO AROCENA, M. D., *Soberanía, justicia universal e inmunidad de jurisdicción en los asuntos: República Democrática del Congo c. Bélgica y República del Congo c. Francia*, REDI, *ob. cit.*, pág. 116. Efectivamente, la juez Van Den Wyngaert y el juez Al Khasawneh criticaron la inmunidad absoluta atribuida al ministro de asuntos exteriores de la República Democrática del Congo. Éste último puntualizó, además, que «(...) el principio de inmunidad de jurisdicción no es en modo alguno un principio absoluto, y menos frente a las normas de naturaleza imperativa que prohíben la comisión de crímenes de guerra y contra la humanidad». *Cfr.* BOLLO AROCENA, M. D., *Soberanía, justicia universal e inmunidad de jurisdicción en los asuntos: República Democrática del Congo c. Bélgica y República del Congo c. Francia*, REDI, *ob. cit.*, pág. 116.

⁹⁹⁴ La no distinción entre actos oficiales y privados permite la aplicación de la inmunidad en cualesquiera de los casos. Esta decisión es alabada por SÁNCHEZ LEGIDO en la medida en que se ajusta a lo establecido por el Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. *Vid.* SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 363.

imputado hubiera ido a Bélgica en calidad de máximo representante estatal o si, por el contrario, su visita hubiera sido de carácter privado. Así, la CIJ concluyó que los ministros de asuntos exteriores gozan de inmunidad absoluta, incluso ante una orden de detención cursada por tribunales extranjeros por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos durante el ejercicio de sus funciones.

FERRER LLORET proclama que la Corte dictó una Sentencia conforme a Derecho, aunque le reprocha que no hiciera una distinción entre el alto representante estatal en activo que se encuentra cubierto por la inmunidad y aquel otro que, tras ser cesado, deja de disfrutar de la inviolabilidad y de la inmunidad de jurisdicción que su puesto un día le confirió⁹⁹⁵. Asimismo, este autor -al analizar la Resolución de Vancouver- manifiesta que: «(...) [la Corte debió haber afirmado] con contundencia que los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad no pueden ser incluidos dentro de los actos oficiales realizados por el antiguo MAE [ministro de asuntos exteriores] a los efectos de alegar la inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de terceros Estados (...)»⁹⁹⁶. Es cierto que la Corte se mostró excesivamente tradicional con la figura de la inmunidad⁹⁹⁷. Creemos que la CIJ debió haber mostrado cierto arrojo en negar, al menos, la existencia de tal excepción en el caso de graves ilícitos cometidos por antiguas autoridades estatales. Otra crítica en torno al asunto *Yerodia*, pero en otro orden de ideas, es la que hace JIMÉNEZ GARCÍA cuando declara que la Corte hace caso omiso a las reglas de improcedencia del cargo oficial estipuladas en los estatutos de los tribunales penales internacionales, olvidando por completo la jurisprudencia de Nüremberg, de Tokio y del TIPY⁹⁹⁸.

En definitiva, la Corte pudo haber sopesado un poco más la importancia no sólo de la soberanía y la igualdad de los Estados, sino también la relevancia indiscutible de los derechos humanos, ya que una de las ideas que se extrae de su sentencia es que

⁹⁹⁵ Vid. FERRER LLORET, J., *Impunidad versus inmunidad de jurisdicción: la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 (República Democrática del Congo contra Bélgica)*, ADI, ob. cit., págs. 334 y 335.

⁹⁹⁶ Ibid. Pág. 336.

⁹⁹⁷ La Sentencia de la CIJ de 14 de febrero de 2002 dispone que: «The Court has carefully examined State practice, including national legislation and those few decisions of national higher courts, such as the House of Lords or the French Court of Cassation. It has been unable to deduce from this practice that there exists under customary international law any form of exception to the rule according immunity from criminal jurisdiction criminal and inviolability to incumbent Ministers for Foreign Affairs, where they are suspect of having committed war crimes or crimes against humanity» (párrafo 58).

⁹⁹⁸ Vid. JIMÉNEZ GARCÍA, F., ob. cit., págs. 113 y 114.

prevalecen las inmunidades estatales frente al principio de universalidad⁹⁹⁹. El autor citado afirma hábilmente que dicha decisión «invierte en materia de inmunidad el principio de complementariedad del Estatuto de Roma otorgando primacía a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en detrimento de las jurisdicciones nacionales concurrentes, dejando sin resolver los espacios de impunidad que se producen cuando no se ejerce jurisdicción por parte del Estado de la nacionalidad activa o cuando la Corte Penal Internacional resulte incompetente¹⁰⁰⁰».

Ante la rigidez de gran parte de los razonamientos jurídicos de la Corte, ésta sostuvo, con cierta "conmiseración" según algunos autores, que la inmunidad de las altas autoridades estatales no se traduciría necesariamente en impunidad con el propósito de evitar una proliferación desmesurada de críticas¹⁰⁰¹. Efectivamente, la propia CIJ estableció la posibilidad de que altos agentes estatales fueran perseguidos procesalmente si concurría alguna de las siguientes circunstancias -las cuales, en nuestra opinión, son bastante obvias-: cuando en el Estado de su nacionalidad no disponga del privilegio de la inmunidad¹⁰⁰²; cuando su inmunidad sea retirada por el Estado que se la concedió¹⁰⁰³; cuando el proceso se sustancie ante un tribunal internacional cuyos estatutos no reconozcan la inmunidad¹⁰⁰⁴; y cuando sea cesado en su actividad de ministro de asuntos exteriores (en este supuesto, los tribunales de terceros Estados podrán juzgar a un antiguo ministro -siempre que tengan competencia conforme al Derecho

⁹⁹⁹ A este respecto, BOLLO AROCENA opina que resulta incongruente «(...) mantener la naturaleza imperativa de determinadas normas, como las que prohíben la comisión de actos susceptibles de calificarse como crímenes de guerra, contra la humanidad y genocidio y que además exigen el enjuiciamiento de los responsables, y mantener, al mismo tiempo, el blindaje del ministro de Asuntos Exteriores (...) bajo la armadura de la norma consuetudinaria de la inmunidad de jurisdicción penal». Cfr. BOLLO AROCENA, M. D., *Soberanía, justicia universal e inmunidad de jurisdicción en los asuntos: República Democrática del Congo c. Bélgica y República del Congo c. Francia*, REDI, ob. cit., pág. 118.

¹⁰⁰⁰ Cfr. JIMÉNEZ GARCÍA, F., ob. cit., pág. 117.

¹⁰⁰¹ Vid. REMIRO BROTONS, et. al., *Derecho Internacional*, ob. cit., pág. 1.264.

¹⁰⁰² Este supuesto no se da frecuentemente en la práctica. Además, en muchos casos, un ministro de asuntos exteriores podrá alegar, por ejemplo, la inmunidad de jurisdicción de la que probablemente disfrute en su condición de parlamentario y, por ende, de persona aforada.

¹⁰⁰³ Dificilmente puede darse en la práctica esta circunstancia. Un ministro de asuntos exteriores en activo actúa representando a su propio Estado, por lo que retirarle su inmunidad supondría una asunción de responsabilidad y ante el «(...) actual *status quo* esta posibilidad es bastante remota, sino imposible, máxime si se tiene en cuenta, como la propia CIJ indica en otro *obiter dictum* al analizar la naturaleza de las funciones que desarrolla el Ministro de Asuntos Exteriores que, entre las mismas, se encuentra la de conceder cartas de credenciales a quienes van a disfrutar de inmunidades de jurisdicción en el extranjero, por ser personal diplomático, consular, etc». Cfr. TORRES PÉREZ, M., "Inmunidad de jurisdicción penal e impunidad: el fallo de la Corte Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002", RDUV, nº 1, 2002. Documento disponible en: <http://centros.uv.es/web/centros/derecho/interno/mtorres.htm>

¹⁰⁰⁴ Esta condición ha sido la única que verdaderamente ha dado lugar a que algunos altos representantes estatales hayan sido juzgados e, incluso, condenados. Este es el caso del primer ministro de Ruanda, Jean Kambanda, condenado -en septiembre de 1998- por genocidio y crímenes contra la humanidad al constatar su implicación en las matanzas que tuvieron lugar en su país en 1994.

Internacional- por los actos cometidos antes o después de su mandato o por aquéllos cometidos durante su mandato pero en su condición privada)¹⁰⁰⁵. Con respecto a esta última excepción opinamos que mantener la inmunidad de jurisdicción penal sobre actos oficiales no deja de ser llamativo, ya que es precisamente en este ámbito cuando pueden tener lugar la comisión de los mayores crímenes contemplados por el Derecho Internacional. En otras palabras, es generalmente en el ejercicio de una actividad oficial el marco en el que altos cargos estatales llevan a cabo actividades abominables que tan sólo pueden materializarse con un relevante apoyo logístico, por lo que la limitación de la inmunidad en el ámbito privado no resulta excesivamente provechoso. Asimismo, es destacable la afirmación contemplada en esta excepción relativa a que los tribunales de terceros Estados podrán juzgar a un antiguo ministro de asuntos exteriores cuando tengan competencia de acuerdo con el Derecho Internacional, ya que algunas legislaciones nacionales prevén la jurisdicción universal para juzgar graves crímenes sin que ello quiera decir que se haga de conformidad con dicha normativa. Este dilema, según TORRES PÉREZ, no ha sido resuelto «por la jurisprudencia internacional, [pero] la respuesta que (...) se dé necesariamente condicionará la existencia en la práctica de este tercer supuesto de ejercicio de jurisdicción contra un Ministro de Asuntos Exteriores en activo¹⁰⁰⁶».

Sea como fuere, la inmunidad *ratione personae* proclamada, incluso, para los crímenes más graves fue algo indiscutible para la CIJ. Siendo esta la realidad, SÁNCHEZ LEGIDO estima que la persecución de ilícitos graves contrarios a los valores que asume la comunidad internacional debe llevarse a cabo por caminos distintos «a los del ejercicio de la jurisdicción penal por parte de otros Estados en contra de la voluntad del Estado en cuestión¹⁰⁰⁷».

En vista de lo anterior, el ejercicio del principio de universalidad no será eficaz cuando en un asunto se estén ventilando cuestiones sobre inmunidad, ya que ésta prevalecerá por mucho que los altos dirigentes políticos en activo hayan cometido los

¹⁰⁰⁵ Según TORRES PÉREZ: «el cese del Ministro en su cargo abre la posibilidad de exigencia de responsabilidades penales al ya antiguo Ministro de Asuntos Exteriores, tanto por los actos realizados antes como después de la duración de su mandato. La CIJ incluso ha admitido que, en esta situación, también se podría juzgar a un antiguo Ministro por los actos cometidos durante su mandato aunque, sin dar una argumentación específica al respecto, ha limitado expresamente esta posibilidad de jurisdicción a los actos realizados durante su mandato como Ministro». Cfr. TORRES PÉREZ, M., *ob. cit.*

¹⁰⁰⁶ *Ibidem.*

¹⁰⁰⁷ Cfr. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 366.

crímenes más horribles. La práctica judicial estatal lo corrobora. Casos como el de *Pinochet* en el Reino Unido no constituyen una excepción¹⁰⁰⁸, como tampoco lo son en España los asuntos *Fidel Castro*¹⁰⁰⁹, *Obiang*¹⁰¹⁰ y *Hassan II*¹⁰¹¹, los cuales pusieron de relieve la primacía de la inmunidad.

Los tribunales penales franceses también se han pronunciado sobre esta materia a través del asunto *Gadafi*. En este caso, fue el Tribunal de Casación francés el que anuló, por medio de su Sentencia de 13 de marzo de 2001, la resolución de una instancia judicial inferior que había admitido, para sorpresa de todos, que la inmunidad de los jefes de estado en ejercicio no debía abarcar actos terroristas¹⁰¹². Este asunto generó dudas, ya que Muammar al-Gadafi podía no ser considerado jefe de estado -si bien debía ser reconocido como líder de la revolución de Libia- en la medida en que las funciones propias de tal cargo las desempeñaba, en el momento en el que tuvieron lugar los graves hechos, un Consejo integrado por una multitud de miembros. Desde nuestro punto de visto, ello no debe ser un impedimento para determinar que *de facto* Muammar al-Gadafi sí era jefe de estado de su país; no obstante, no queda claro que la Corte Suprema de Francia reconociera su inmunidad como tal agente estatal¹⁰¹³.

Los órganos judiciales belgas reconocieron la inmunidad de los agentes estatales en ejercicio, independientemente de que la ley belga no estableciera la primacía de dicha inmunidad jurisdiccional¹⁰¹⁴. En cualquier caso, tras la Sentencia de la CIJ que

¹⁰⁰⁸ Los jueces británicos favorables a rechazar la inmunidad esgrimida por los abogados defensores del dictador chileno determinaron que la solución no hubiera sido la misma si se hubiera tratado de un jefe de Estado en ejercicio.

¹⁰⁰⁹ Sobre este asunto, la Audiencia Nacional acordó, el 4 de marzo de 1999, la inadmisión a trámite de la querella presentada contra el conocido dirigente cubano debido a que el cargo de jefe de estado le proporcionaba una inmunidad incuestionable.

¹⁰¹⁰ Se presentó, en el año 2006, una querella ante la Audiencia Nacional en virtud de la cual se solicitaba la detención del mandatario africano, Teodor Obiang, aprovechando su inminente estancia en España. No obstante, la Audiencia Nacional acordó el archivo del asunto a pesar de la gravedad de los delitos que se le imputaban (genocidio, torturas, detención ilegal, y terrorismo) como consecuencia de la inmunidad de la que gozaba.

¹⁰¹¹ En 1998, el juez Garzón abrió las oportunas diligencias tras recibir una querella de genocidio interpuesta por el pueblo saharauí contra el rey Hassan II que no siguió adelante por la inmunidad de la que gozaba como alto mandatario marroquí.

¹⁰¹² El presidente libio Muammar al-Gadafi fue acusado de intervenir en el atentado sufrido por el avión DC-10 de la aerolínea UTA que explotó el 19 de septiembre de 1989 sobre el desierto del Ténéré, causando la muerte a ciento cincuenta y seis pasajeros y quince miembros de la tripulación, de entre los cuales hubo numerosas víctimas francesas.

¹⁰¹³ ZAPPALÀ esgrime que la Corte francesa no especificó el tipo de inmunidad sobre la que decidió rechazar su competencia. *Vid.* ZAPPALÀ, S., "Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case Before the French Cour of Cassation", *EJIL*, Vol. 12, nº 3, 2001, págs. 596 y ss. Documento disponible en:

<http://207.57.19.226/journal/Vol12/No3/120595.pdf>

¹⁰¹⁴ *Vid.* JORGE URBINA, J., *ob. cit.*, pág. 282.

enfrentó a Bélgica con la República Democrática del Congo, la legislación belga fue modificada con el objeto de ajustarse a las normas internacionales declaradas por la Corte, tal y como se advierte por el Tribunal Supremo belga en su Sentencia de 12 de febrero de 2003 en el asunto *Sharon*¹⁰¹⁵.

Asimismo, los tribunales norteamericanos han puesto de relieve que tanto los jefes de estado como los de gobierno se ven parapetados por la inmunidad que su cargo les procura ante el ejercicio de cualquier acción penal. Así lo indica la Sentencia de 8 de septiembre de 2004 pronunciada por la Corte de Apelación de Estados Unidos (asunto *Wei Ye c. Jiang Zemin*) en virtud de la cual se proclamó la inviolabilidad absoluta y la inmunidad de jurisdicción penal del entonces presidente chino¹⁰¹⁶.

Así pues, debemos de insistir en la idea de que los Estados siguen mostrando una notable resistencia en este punto pues el reconocimiento de la inmunidad *ratione personae* no parece cuestionable cuando los hechos graves son cometidos por dirigentes estatales todavía en ejercicio, así se haga uso del principio de universalidad por terceros Estados. De todos modos, como esperanzadamente apunta JORGE URBINA, no sólo la protección que les confiere su cargo no es infinita -puesto que una vez que lo han abandonado podrá ser perseguido por las pertinentes instancias judiciales-, sino que, además, nada impide que le sea exigida al presunto autor de los hechos la consiguiente responsabilidad penal por otras vías -aún cuando éste siga ostentando la máxima representación estatal-¹⁰¹⁷, tal y como enfatizó la CIJ: «(...) la inmunidad de jurisdicción de la que gozan los ministros de asuntos exteriores no quiere decir que disfruten de la impunidad respecto de los crímenes que hayan podido cometer, independientemente de su gravedad. La inmunidad de jurisdicción penal y la responsabilidad penal individual son conceptos totalmente distintos. Mientras que la inmunidad de jurisdicción es de carácter procesal, la responsabilidad penal es una cuestión de derecho sustantivo. La inmunidad de jurisdicción puede impedir el enjuiciamiento por un período determinado o para ciertos delitos, pero no puede eximir a la persona de toda responsabilidad penal¹⁰¹⁸».

¹⁰¹⁵ Vid. JORGE URBINA, J., *ob. cit.*, pág. 282.

¹⁰¹⁶ Documento disponible en: <http://openjurist.org/383/f3d/620/ye-v-zemin>

¹⁰¹⁷ Vid. JORGE URBINA, J., *ob. cit.*, pág. 285.

¹⁰¹⁸ Párrafo 60 de la Sentencia de la CIJ de 14 de febrero de 2002: «(...) the *immunity* from jurisdiction enjoyed by incumbent Ministers for Foreign Affairs does not mean that they enjoy *impunity* in respect of any crimes they might have committed, irrespective of their gravity. Immunity from criminal jurisdiction and individual criminal responsibility are quite separate concepts. While jurisdictional immunity is

Junto a estas consideraciones debe traerse a colación el artículo 27 del Estatuto de Roma, el cual prevé la aplicación del citado instrumento normativo a todas las personas, sin que sea posible una distinción basada en el cargo oficial. No obstante, la importancia de esta disposición legal se ve mermada por el contenido del artículo 98, el cual proclama, en su primer párrafo, que: «la Corte podrá negarse a dar curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que obtenga la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad». El párrafo segundo añade que: «la Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega». De la lectura de este artículo se extrae la obligación de los Estados parte de cumplir con las inmunidades que el Derecho Internacional impone con respecto a las personas y bienes de un tercer Estado, incluso cuando haya tenido lugar un crimen grave¹⁰¹⁹. Así las cosas, aunque en un primer momento el Estatuto parece poner fin al mecanismo de la inmunidad, más adelante especifica que esta figura deberá respetarse cuando afecte a nacionales de terceros Estados que no hayan ratificado el citado Estatuto, alineándose con la práctica judicial de los países citados, los cuales no osan contradecir la inmunidad de los dirigentes estatales en ejercicio.

En cualquier caso, esta acometida legislativa del Estatuto de Roma -que no es venial, pero tampoco mortal- destinada a la desaparición de las inmunidades frente a la CPI, nos invita a reflexionar sobre la posibilidad de admitir excepciones a la inmunidad cuando los agentes estatales cometan graves delitos. Según JORGE URBINA, tanto del

procedural in nature, criminal responsibility is a question of substantive law. Jurisdictional immunity may well bar prosecution for a certain period or for certain offences; it cannot exonerate the person to whom it applies from all criminal responsibility».

¹⁰¹⁹ REMIRO BROTONS considera que el artículo 98 «(...) sugiere a la Corte abstenerse de solicitar a un Estado la entrega o la cooperación en la captura de un presunto culpable de crímenes sometidos a su jurisdicción cuando ello pueda ser incompatible con las obligaciones internacionales de dicho Estado respecto de otro o de la inmunidad diplomática de la persona perseguida, procesada o convicta, a menos que la Corte obtenga previamente la cooperación de ese tercer Estado a los efectos de la renuncia a la inmunidad». Cfr. REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet: los límites de...*, ob. cit., pág. 117.

asunto *Sharon* como del asunto *Gadafi*¹⁰²⁰ podrían desprenderse algunas semillas susceptibles de florecer en la propia normativa internacional. Como apunta este autor, en virtud de dichos pronunciamientos, los Estados pueden verse legitimados para decidir acerca de la exclusión de la aplicación de la figura de la inmunidad -ya sea por vía convencional o consuetudinaria-. Sin embargo, la actuación judicial doméstica demuestra que esta política de exclusión no es hoy política real sino "ficticia"¹⁰²¹.

Consecuentemente, la inmunidad de los agentes estatales en el ejercicio de sus funciones sigue siendo a día de hoy un límite insuperable, que no sólo convierte en impracticable el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los órganos judiciales nacionales implicados en la lucha y la defensa de los derechos humanos, sino que alienta, además, a los gobernantes más déspotas a que se perpetúen en el poder ante el riesgo de que su inmunidad desaparezca con el abandono de su cargo¹⁰²². No obstante, existen, como ya se ha dicho previamente, aspectos positivos. Así, JORGE URBINA afirma que la inmunidad evita «(...) la desestabilización institucional a que se podría ver sometido un Estado cuyos máximos dirigentes se vean enjuiciados por tribunales extranjeros, o una posible utilización abusiva de la justicia penal frente a los líderes políticos de otro Estado, explica que aún hoy en día la inmunidad *ratione personae* siga prevaleciendo sobre el enjuiciamiento de los crímenes de guerra por tribunales extranjeros competentes en virtud del principio de jurisdicción universal¹⁰²³».

De todos modos, compartimos la opinión de los autores que denuncian que la inmunidad no puede ser absoluta. A este respecto, ZAPPALÀ señala que carece de sentido que las personas con funciones públicas disfruten de una inmunidad más amplia que la de los propios Estados¹⁰²⁴. A nuestro juicio, esta cuestión sigue siendo una importante asignatura pendiente para la comunidad internacional, por lo que los órganos judiciales nacionales deben apresurarse en hacer mayor hincapié y distinguir los casos

¹⁰²⁰ La Corte francesa de Casación estableció que: «qu'en l'état du droit international, le crime dénoncé, quelle qu'en soit la gravité, ne relève pas exceptions au principe de l'immunité de juridiction des chefs d'Etats étrangers en exercice». Información disponible en: <http://www.easydroit.fr/jurisprudence/Cour-de-Cassation-Chambre-criminelle-du-13-mars-2001-00-87-215-Publie-au-bulletin/C84785/>

Una interpretación a *sensu contrario* implica que existen graves crímenes que pueden constituir una excepción a la inmunidad jurisdiccional de los jefes de estado. Así lo cree también ZAPPALÀ cuando afirma lo siguiente: «The *Cour de Cassation* indirectly confirmed the existence of the exception, when it said that the crime charged is not included among those that would justify exceptions to immunity from jurisdiction». Cfr. ZAPPALÀ, S., *ob. cit.*, pág. 601.

¹⁰²¹ Vid. JORGE URBINA, J., *ob. cit.*, págs. 286 y 287.

¹⁰²² Vid. ORIHUELA CALATAYUD, E., *Justicia universal y derechos humanos, Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, *ob. cit.*, pág. 151.

¹⁰²³ Cfr. JORGE URBINA, J., *ob. cit.*, pág. 287.

¹⁰²⁴ Vid. ZAPPALÀ, S., *ob. cit.*, pág. 605.

en los que la actuación de un tribunal extranjero genera una desestabilización institucional en el país en el que ocurrieron hechos delictivos graves, frente a aquellos otros que lo que verdaderamente pretenden es poner fin y dar castigo a las atrocidades más graves cometidas por el hombre, ya que ostentar un alto cargo de representación estatal no puede ser el escudo para eludir la aplicación de la justicia.

Desde nuestro punto de vista, no resulta ético ni moral reconocer la inmunidad absoluta a agentes estatales que hayan cometido crímenes previstos por el Derecho Internacional. Además, cabe añadir que los que cometen este tipo de ilícitos en su condición de alto agente estatal suelen haber accedido a dicho cargo por medio de un golpe de Estado -como fue el caso de Pinochet en Chile o de Obiang en Guinea Ecuatorial- lo que plantea el siguiente interrogante: si el golpe de Estado es contrario al Derecho Internacional ¿lo será también concederles las inmunidades y privilegios anejos a la representación del Estado?¹⁰²⁵. Creemos, pues, que la inmunidad de los agentes estatales en activo no debe operar de forma categórica, si bien no hay que olvidar que debe respetarse el principio de igualdad soberana. Es, por tanto, complicado conciliar ambas ideas; sin embargo, una vez que el orden internacional lucha contra la criminalidad de los agentes estatales, el mantenimiento de las inmunidades penales resulta incompatible con los loables fines que persigue el Derecho Internacional de no dejar resquicio alguno a la impunidad de los ilícitos más graves. En definitiva, si la actuación de un agente estatal se ve comprometida por la comisión de crímenes execrables, no debería justificarse su inmunidad personal cuando la igualdad soberana no sufra en forma alguna las consecuencias de su persecución.

¹⁰²⁵ Vid. REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet: los límites de...*, ob. cit., pág. 121.

Conclusiones:

I

El principio de jurisdicción universal es un principio internacionalmente reconocido que otorga, por un lado, la posibilidad a las víctimas de verse resarcidas en otros países cuando en el suyo no existe un verdadero sentido de la justicia y, por otro lado, insta al compromiso internacional con el objeto de que los graves hechos delictivos sean perseguidos en la medida en que agravan, además, al conjunto de la comunidad internacional.

II

El principio de jurisdicción universal se desdobra y abarca tanto el ámbito interno, con la implícita actuación de los organismos y de las instituciones domésticas que promueven su difusión, como el ámbito externo consistente en la cooperación mutua estatal materializada en la celebración de convenios internacionales, constitución de tribunales penales internacionales, etc.

III

El principio de jurisdicción universal otorga legitimidad a los jueces que persiguen delitos graves, independientemente de dónde se hayan cometido y al margen de la nacionalidad del presunto autor o de la víctima, lo que genera conflictos con los países que consideran su aplicación como un ataque frontal a la soberanía estatal. En definitiva, cualquier conducta especialmente grave, susceptible de encajar en el tipo penal de un crimen internacional, será perseguida por los jueces de un Estado que haya incorporado en su ordenamiento procesal penal el principio de universalidad.

IV

El artículo 23.4 de la LOPJ instauró, en 1985, el principio de jurisdicción universal, encomendando su aplicación a los jueces de la Audiencia Nacional, hasta que se produjo la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, por la que se modifica la LOPJ. Consecuentemente, el principio de universalidad quedó regulado en nuestro ordenamiento jurídico durante largos años, situando a España en la primera fila del grupo de países comprometidos con la difícil tarea de perseguir y dar castigo a los

delitos más execrables que, de una manera u otra, menoscaban ferozmente los derechos humanos fundamentales.

V

Con base en el artículo 23.4 de la LOPJ, los jueces españoles recibieron, a mediados de la década de los años 90, multitud de denuncias contra sujetos sospechosos de cometer graves delitos, entre los que se encontraban altos ex dirigentes argentinos y chilenos, abriéndose, pues, las puertas a nuevas esperanzas para las víctimas afectadas por la comisión de crímenes internacionales.

VI

Las actuaciones judiciales españolas en el asunto *Pinochet* convulsionaron la opinión pública, puesto que no sólo incentivaron la aplicación del principio de universalidad, sino que además difundieron un contundente mensaje a la comunidad internacional: la comisión de graves ilícitos puede suponer la apertura de un proceso judicial, independientemente del rango del presunto responsable.

VII

Con los años, el derogado artículo 23.4 de la LOPJ cobró una fuerza inusitada, tras su inicial y agitada historia jurisprudencial, al ser invocado frente a Estados poderosos opuestos a su ejercicio. Las denuncias contra dirigentes estatales chinos por los graves sucesos ocurridos en Tíbet, las querellas dirigidas contra militares estadounidenses por la muerte del periodista José *Couso* o contra altos mandatarios israelíes por los sangrientos bombardeos perpetrados en Gaza en el año 2002, muestran el insólito protagonismo de la actuación de los jueces españoles en el marco de la defensa y protección de los derechos humanos fundamentales.

VIII

La asidua aplicación del artículo 23.4 de la LOPJ frente a naciones poderosas generó contrariedades diplomáticas que dieron lugar a la aprobación de la Ley Orgánica 1/2009. Esta Ley trae consigo la sustitución del principio de universalidad por reglas de protección de intereses españoles en la medida en que el segundo párrafo del actual artículo supedita la competencia de nuestros jueces a que se pueda constatar la presencia del presunto autor de los graves hechos en territorio español, a la existencia de víctimas

de nacionalidad española o a la apreciación de vínculos de conexión relevantes con España.

IX

En relación con las nuevas condiciones que prescribe la LOPJ cabe decir lo siguiente: 1) la condición relativa al vínculo de conexión relevante con España es imprecisa y difícil de interpretar: ¿Qué puede entenderse como tal? ¿Se encuentra satisfecho este requisito si las víctimas del delito tienen, por ejemplo, una relación de parentesco o lingüística con España? Algunos autores afirman que esta nueva formalidad dará lugar a un ejercicio jurisdiccional de carácter *neo-colonial* respecto de hechos ocurridos en América Latina, ya que al haber formado parte del imperio español cabrá apreciar innumerables puntos de conexión; 2) atribuir competencia a los jueces españoles en el caso de advertir víctimas de nacionalidad española y ubicar este inciso en el apartado destinado a regular la jurisdicción universal es un error, puesto que confunde dos títulos competenciales completamente diferentes: el principio de personalidad pasiva y el principio de jurisdicción universal; y, por último, 3) el requisito relativo a la presencia del sospechoso en España como una vía para articular la competencia española sobre hechos graves no perjudica especialmente la esencia del principio de universalidad en la medida en que el ordenamiento jurídico español no admite juicios *in absentia*.

X

El establecimiento de nuevos requerimientos para la aplicación del actual artículo 23.4 de la LOPJ contrasta con la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 26 de septiembre de 2005, en virtud de la cual se declaró el alcance prácticamente absoluto del principio de jurisdicción universal recogido en el ordenamiento jurídico español, es decir, un principio cuya aplicación dependía únicamente de la gravedad de la conducta delictiva y no del cumplimiento de requisitos adicionales. Ello obliga a plantearnos si la redacción del nuevo artículo 23.4 de la LOPJ puede ser declarado inconstitucional.

XI

A tenor de las nuevas condiciones insertadas en el artículo 23.4 de la LOPJ, la Sentencia del Tribunal Supremo dictada en el asunto *Guatemala*, de 25 de febrero de 2003, cobra especial relevancia, ya que la posición que asume el Alto Tribunal en torno al principio de universalidad se asemeja asombrosamente al contenido de la citada disposición legal.

XII

La llegada de la Ley Orgánica 1/2009 fue algo inesperado para muchos, aunque ciertos indicios hacían presagiar el fatal episodio. Uno de ellos fue el asunto *Cavallo* en virtud del cual el gobierno se opuso a que el presunto culpable fuera juzgado y condenado en España. Otra señal fue la aprobación del artículo 7 de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la CPI, el cual redujo el marco aplicativo del principio de universalidad, al restringir la actuación de los jueces españoles respecto de los delitos pertenecientes al ámbito competencial de la Corte.

XIII

El significado y la repercusión del derogado artículo 23.4 de la LOPJ no debe ponerse en duda, pese a que tan sólo se celebró un único juicio sobre graves ilícitos -el relativo al asunto *Scilingo*- que culminó con una sentencia condenatoria e independientemente de que el mencionado artículo provocara numerosos conflictos interinstitucionales durante el tiempo en el que estuvo vigente.

XIV

Las nuevas condiciones del artículo 23.4 de la LOPJ deforman el principio de jurisdicción universal, puesto que su aplicación no depende ya de la gravedad del ilícito en sí. Es, pues, indudable que la Ley Orgánica 1/2009 reduce la capacidad de nuestros jueces para juzgar crímenes graves. No obstante, es posible que éstos decidan apoyarse en la normativa internacional al analizar la cláusula del citado artículo relativa a *sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España*. Algunos autores creen que este inciso provocará, antes o después, el renacimiento de la jurisdicción universal.

XV

La voluntad del ejecutivo de aprobar la enmienda legislativa de 2009 enlaza con la idea que éste tiene de anteponer la cordialidad diplomática con terceros Estados frente a cualquier otra consideración. La posibilidad que el derogado artículo 23.4 de la LOPJ daba a nuestros jueces de investigar y juzgar hechos graves perpetrados más allá de nuestras fronteras desmontaba los esfuerzos realizados por el gobierno español de mantener relaciones cordiales con terceros países, especialmente con los poderosos.

XVI

Un amplio sector doctrinal vincula la nueva LOPJ con la Ley 25/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y se amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la dictadura, en la medida en que cree que la reducción de las competencias extraterritoriales de la Audiencia Nacional impulsada por aquélla puede deberse a razones de simple coherencia con el hecho de que los delitos del franquismo no son tratados en este foro, desviándose a juzgados de instancia territorial por ser considerados ilícitos de jurisdicción ordinaria que no presentan similitud alguna con los tipos penales que contempla el Derecho Internacional. Así pues: ¿Cómo podría justificarse la competencia extraterritorial de la Audiencia Nacional cuando se veta su competencia en los graves crímenes del franquismo? ¿Cómo podría justificarse ante la opinión pública este doble rasero? No olvidemos que la política es un juego de imágenes que se gana cara al público y, si esta teoría es cierta, los intereses políticos han primado claramente sobre el concepto ético de justicia.

XVII

La significativa reducción de la aplicación extraterritorial de la ley penal española lleva a muchos autores a defender que ello es consecuencia del protagonismo adquirido por la CPI. Sin embargo, la Corte se caracteriza por una limitada capacidad de actuación. Por consiguiente, si la lucha supranacional contra la impunidad de los graves crímenes plantea serios interrogantes, no es acertado emprender modificaciones legislativas como la española.

XVIII

La vigencia del nuevo artículo 23.4 de la LOPJ implica un cambio negativo respecto de la posición adoptada tradicionalmente por España en la defensa y salvaguarda de los derechos humanos fundamentales, por lo que no es admisible que el gobierno lo camufle como una mejoría en el compromiso de nuestro país para con los mismos. La estrategia del ejecutivo ha sido diseñada con el propósito de no reconocer el abandono de los valores y derechos que en su día fueron esgrimidos como pauta de conducta de todas sus actuaciones.

XIX

La Ley Orgánica 1/2009 afecta a los damnificados de graves ilícitos que están sufriendo directamente los reveses padecidos por el ahora acosado principio de justicia universal en España, dañando claramente la imagen del país. En definitiva, esta nueva política criminal -con más ingredientes políticos que criminales- se olvida de las víctimas procedentes, fundamentalmente, de países no democráticamente estables que ven muy complicado encontrar "consuelo" ante nuestros tribunales.

XX

A finales de la década de los años 20, se planteó, en el asunto *Lotus*, la legalidad de la jurisdicción extraterritorial. Sorprendentemente, este debate sigue de actualidad, puesto que no son pocos los Estados que se plantean si resulta apropiado, a día de hoy, el ejercicio de dicha jurisdicción. Este dilema ha llevado a algunas legislaciones domésticas, como la española o la belga, a inclinarse por una regulación que restringe los supuestos en los que cabe aplicar su normativa penal más allá de su espacio territorial.

Bibliografía:

1. ABI-SAAB, G., "The Proper Role of Universal Jurisdiction", JICJ, Vol. I, 2003.
2. ACOSTA ESTÉVEZ, J. B., "Las infracciones graves de los Convenios de Ginebra en el Derecho penal español bajo el principio de jurisdicción universal", AMDI, Vol. VII, 2007.
3. AGO, R., "Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su vigésimo octavo período de sesiones (3 de mayo-23 de julio de 1976)", *Anuario de la CDI*, Vol. II (2ª parte), 1976.
4. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., "La Reforma Procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial", IURIS, nº 137 (abril), 2009.
5. AMBOS, K., "Los fundamentos del *ius puniendi* nacional, en particular, su aplicación extraterritorial", BMDC, mayo-agosto (año XL), nº 119
6. ANNAN, K., "Two Concepts of Sovereignty", *The Economist*, nº 352, 18 de septiembre de 1999.
7. AZNÁREZ, J. J., "El Supremo de México concede a España la extradición del torturador argentino Cavallo", *El País*, 11 de junio de 2003.
8. BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, Ed. Alianza, 6ª reimpresión, Madrid, 1993 (traducción de Juan Antonio de las Casas).
9. BECERRA RAMÍREZ, M., "El caso Cavallo", AMDI, Vol. IV, 2004.
10. BELLINGER, J. B. Y HAYNES, W. J., "Una respuesta del Gobierno de Estados Unidos al estudio sobre el Derecho Internacional Humanitario

- Consuetudinario del Comité Internacional de la Cruz Roja", RICR, nº 866 (junio), 2007.
11. BERMÚDEZ, N., Y GASPARINI, J., *El testigo secreto*, Ed. Javier Vergara, 2ª Edición, Buenos Aires, 1999.
 12. BLANCO CORDERO, I., "Sobre la muerte de la jurisdicción universal", RGDP, nº 12, 2009.
 13. BLANCO CORDERO, I., "Derecho Penal Internacional, Jurisdicción universal", IRPL, Vol. 79 (primer y segundo trimestre), 2008.
 14. BODIN, J., *Los Seis Libros de la República*, Ed. Aguilar, Madrid, 1973 (traducción de Pedro Bravo).
 15. BOISSON DE CHAZOURNES, L., Y CONDORELLI, L., "Nueva interpretación del artículo 1 común a los Convenio de Ginebra: protección de los intereses colectivos", RICR, nº 837, 2000.
 16. BOLLO AROCENA, M. D., "Soberanía, justicia universal e inmunidad de jurisdicción en los asuntos: República Democrática del Congo c. Bélgica y República del Congo c. Francia", REDI, Vol. 56, nº1, 2001.
 17. BOLLO AROCENA, M. D., *Derecho Internacional Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Ed. Universidad del País Vasco, Guipúzcoa, 2004.
 18. BONET PÉREZ, J., Y ALIJA FERNÁNDEZ, R. A., "Impunidad, derechos humanos y justicia transicional", *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, Ed. Universidad de Deusto, nº 53, Bilbao, 2009.
 19. BRACKMAN, A. C., *The Other Nüremberg: The untold story of the Tokyo War Crimes Trials*, Ed. William Morrow & Co., Nueva York, 1987.

20. BROWN, B. S., "The Alabama Claims Arbitration (An important early arbitration)", 1999.
21. BROWN WEISS, E., "Invoking State Responsibility in the Twenty-first Century", AJIL, Vol. 96, nº 4, 2002.
22. BROWNLIE I., *Principles of Public International Law*, Ed. Oxford University Press, 6ª edición, New York, 2003.
23. CAPELLÀ I ROIG, M., "Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo", REEI, nº 10, 2005.
24. CARNERERO CASTILLA, R., "Un paso atrás en la lucha contra la impunidad; La Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 en el *asunto relativo a la orden de arresto de 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo c. Bélgica)", CJI, Vol. I, 2004.
25. CARPIZO, J., "La Soberanía del pueblo en el Derecho interno y en el internacional", REP, nº 28, 1982.
26. CHALAMISH, E., "Jurisdicción universal y política mundial: el caso español", EPE, marzo-abril, 2010.
27. CHECA DROUET, B., *Derecho Internacional y Soberanía*, Ed. Gil, Vol. II, Lima, 1937.
28. CHERIF BASSIOUNI, M., "Jurisdicción Universal para Crímenes Internacionales: Perspectivas Históricas y Práctica Contemporánea", VJILA, Vol. 42, nº 81, 2001.
29. CHERIF BASSIOUNI, M., "The History of Universal Jurisdiction and Its Place in International Law", en: MACEDO, S. (coordinador), *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*, Ed. University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2006.

30. CHINCHÓN ÁLVAREZ, "A propósito del proceso de reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (mayo-noviembre de 2009): De los motivos a las consecuencias para el principio de jurisdicción universal", *Revista de Derecho de Extremadura*, nº 6, 2009.
31. COLLANTES, J. L., "El impacto del Estatuto de Roma en la jurisdicción sobre crímenes internacionales", *RECPC*, nº 4-7, 2002.
32. CORRAL GENICIO, J., "La noción de justicia en la retórica de Aristóteles", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 6, 2002/2003.
33. CORZO, V. Y CORZO E., "El Sistema Penal Internacional", *RMJ*, nº 13, 2006.
34. DAVIS, M., "Externalised Justice and Democratisation: Lessons from the Pinochet Case", *PS*, Vol. 54, 2006.
35. DÍAZ PITA, P., "Concurrencia de jurisdicción entre los tribunales penales españoles y la Corte Penal Internacional: arts. 8 y 9 de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de cooperación con la Corte Penal Internacional", *REEI*, nº 9, 2005.
36. DIDEROT PAULINO, V., "Política Norteamericana en relación a la Corte Penal Internacional", *COLADIC*, Vol. 30 (abril-mayo), 2007.
37. DUMONT, J., *Corps universel diplomatique du droit des gens*, publicado por P. Brunel y G. Wetstein, Les Janssons, L'Honoré y Chatelain en Amsterdam y por P. Husson y Charles Levier en La Haya, 1726.
38. ESPÓSITO, C., "Derecho y política en la sociedad internacional: Ensayo sobre la autonomía relativa del Derecho internacional", *RJUIPR*, Vol. 34, nº 1, 1999.

39. ESPÓSITO, C., "Una limitación de carácter furtivo", *El País*, 2 de septiembre de 2009.
40. ESPÓSITO, C., "Shrinking Universal Jurisdiction", ESIL, febrero, 2010.
41. FERENCZ, B., "Einsatzgruppen: The Blackest Page in Human History", 2004.
42. FERENCZ, B., "International Crimes against peace", 1960.
43. FERENCZ, B., *Defining international aggression; The search for world peace*, Ed. Oceana Publications, Vol. II, Nueva York, 1975.
44. FERENCZ, B., "Ending Impunity for the Crime of Aggression", 2009.
45. FERENCZ, B., "From Nuremburg to Rome: A Personal Account", 2004.
46. FERENCZ, B., "On President Obama's Nobel Speech", 2009.
47. FERENCZ, B., "International Criminal Courts: The Legacy of Nuremberg", PILR, 1998.
48. FERNÁNDEZ LIESA, C., "Globalización, humanidad y orden internacional", RO, nº 221, 1999.
49. FERNÁNDEZ LIESA, C., "Perfiles de la política exterior española de derechos humanos", *Real Instituto Elcano*, nº 6, 2010.
50. FERNÁNDEZ PONS, X., "Principio de legalidad penal y la incriminación internacional del individuo", REEI, nº 5, 2002.
51. FERRER LLORET, J., "El principio de jurisdicción universal: su aplicación en España", en: SOROETA LICERAS, J. (editor), *Cursos de Derechos Humanos en Donostia-San Sebastián*, Ed. Universidad del País Vasco, Vol. V, Bilbao, 2004.

52. FERRER LLORET, J., "Impunidad *versus* inmunidad de jurisdicción: la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 (República Democrática del Congo contra Bélgica)", ADI, nº XVIII, 2002.
53. FORCADA BARONA, I., *Derecho Internacional y Justicia Transicional. Cuando el Derecho se convierte en religión*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011.
54. FRAIDENRAIJ, S., "La Corte Penal Internacional y el Derecho Internacional humanitario", en: CORCUERA CABEZUT, S., Y GUEVARA BERMÚDEZ, J. A. (compiladores), *Justicia Penal Internacional*, Ed. Universidad Iberoamericana, México, 2001.
55. FUENTES TORRIJO, X., "La jurisdicción universal y la Corte Penal Internacional", REJ, nº 4, 2004.
56. GARCÉS, J., "De impunidad y lealtades", *El País*, 6 de octubre de 2009.
57. GARCÍA ARÁN, M., "El principio de justicia universal", en: GARCÍA ARÁN, M., Y LÓPEZ GARRIDO, D. (coordinadores), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
58. GARCÍA MARTÍNEZ DE MURGUÍA, P., "Soberanismo e impunidad", *El Mundo*, 19 de noviembre de 1999.
59. GARCÍA MARTÍNEZ DE MURGUÍA, P., "Esma: Justicia al fin", *La Vanguardia*, 24 de julio de 2006.
60. GARCÍA RAMÍREZ, S., "El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma", AMDI, Vol. IV, 2004.
61. GIL GIL, A., *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales en España*, Ed. Comares, Granada, 2006.

62. GIL GIL, A., "La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo", RECPC, nº 7, 2005.
63. GIL GIL, A., "Jurisprudencia española sobre crímenes internacionales", en: ALMQVIST, J., Y ESPÓSITO, C. (coordinadores), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.
64. GIL GIL, A., "Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo", en: CUERDA RIEZU, A., y JIMÉNEZ GARCÍA, F. (directores), *Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo, Crímenes internacionales y Derechos fundamentales*, Ed. Tecnos, Madrid, 2009.
65. GIL GIL, A., *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Ed. Atelier, Barcelona, 2009.
66. GIL LAVEDRA, R., "Justicia transicional en Argentina: el papel de los tribunales penales", en: ALMQVIST, J., Y ESPÓSITO, C. (coordinadores), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.
67. GOLOB, S. R., *Democratization*, Vol. 9, nº 2, 2002.
68. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., "Jurisdicción Universal", *El País*, 23 de abril de 2009.
69. GROCIO, H., *De iure belli ac pacis*, Ed. Reus, Madrid, 1925 (traducción de Jaime Torrubiano Ripoll).
70. GROCIO, H., *De la libertad de los mares*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979 (traducción de V. Blanco García y L. García Arias).

71. GUERRA GONZÁLEZ, M. R., "El perdón ante la violación de derechos humanos: restricción política, posibilidad ética", en: MARTÍNEZ CONTRERAS, J., Y PONCE DE LEÓN, A. (coordinadores), *El saber filosófico 2*, Ed. Siglo XXI, Vol. II, México, 2007.
72. GUTIÉRREZ ESPADA, C., "La Corte Penal Internacional (CPI) y las Naciones Unidas. La discutida posición del Consejo de Seguridad", ADI, XVIII, 2002.
73. GUZMÁN TAPIA, J., "La envidia y el juez Garzón", *El País*, 4 de agosto de 2009.
74. HART, H. L., *International Rules*, Ed. Oxford University Press, New York, 1996.
75. HEGEL, G. F., *Filosofía del Derecho*, Ed. Claridad, 1ª reimpresión, Buenos Aires, 1987.
76. HELLER, H., *Teoría del Estado*, Ed. Fondo de Cultura Económica, 9ª reimpresión, México, 1983 (traducción de Luis Tobio).
77. HELLER, H., *La Soberanía*, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2ª edición, México, 1995 (traducción de Mario de la Cueva).
78. HENCKAERTS, J-M., Y DOSWALD-BECK, L., "El derecho internacional humanitario consuetudinario", CICR, Vol. I, Buenos Aires, 2007.
79. HIGGINS, R., *Problems and Process. International Law and How We Use It*, Ed. Oxford University Press, Reino Unido, 1995.
80. INAZUMI, M., *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes Under International Law*, Ed. Intersentia, Bélgica, 2005.

81. IRIART, C., "Cuatro buenas razones para enjuiciar a un genocida: el caso Cavallo", PCI, nº 72, 2000.
82. JASPERS, K., *El problema de la culpa*, Ed. Paidós, 2ª reimpresión, Barcelona, 2011 (traducción de Román Gutiérrez Cuartango).
83. JESSBERGER, F., "Alemania", IRPL, Vol. 79 (primer y segundo trimestre), 2008.
84. JIMÉNEZ GARCÍA, F., "Justicia universal e inmunidades estatales: justicia o impunidad", ADI, nº XVIII, 2002.
85. JOHNSTON, D., Y SAVAGE, C., "Obama Reluctant Into Bush Programs", *New York Times*, 11 de enero de 2009.
86. JORGE URBINA, J., "Crímenes de Guerra, justicia universal e inmunidades jurisdiccionales penales de los órganos del Estado", AMDI, Vol. VIII, 2008.
87. KATZ, C., *Chile bajo Pinochet*, Ed. Anagrama, Barcelona, 1975.
88. KEITH HALL, C., "La primera propuesta de creación de un tribunal penal internacional permanente", RICR, nº 145, 1998.
89. KENNEDY, D., "International Law in the Nineteenth Century: History of an Illusion", NJIL, nº 65, 1996.
90. KISSINGER, H. A., "The Pitfalls of Universal Jurisdiction", JFA, Vol. 80, nº 4 (julio/agosto), 2001.
91. KLABBERS, J., "Clinching the concept of sovereignty: Wimbledon redux", ARIEL, Vol. 3, nº 3, 1999.
92. LABARDINI, R., "La impaciencia del fiscal: El secuestro transfronterizo", AMDI, nº 28, 1998.

93. LACABE, M., *"It's a good time to be an Argentinian human rights violator in Spain"*, publicado por el Equipo Nizkor, 7 de febrero de 2007.
94. LIROLA DELGADO, I., Y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Ed. Ariel, Barcelona, 2001.
95. LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, M. E., "Comentarios a la ley belga de jurisdicción universal para el castigo de las violaciones graves del Derecho Internacional humanitario reformada el 23 de abril de 2003", REDI, Vol. 55, nº 2, 2003.
96. LUTZ, E., Y SIKKINK, K., "The Justice Cascade: The evolutions and Impact of Foreign Human Rights Trial in Latin America", CJIL, Vol. II, nº 1, 2001.
97. MACEDO, S., *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*, Ed. University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2006.
98. MAIER, H. G., "Jurisdictional Rules in Customary International Law", en: MEESSEN, K. M. (coordinador), *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice*, Ed. Kluwer Law International, Reino Unido, 1996.
99. MALCHOVER, D., "Attempts to Limit Universal Jurisdiction in the UK", publicado por *The Alternative Information Center*, 28 de enero de 2010.
100. MANN, M., *The Dark Side of Democracy*, Ed. Cambridge University Press, Reino Unido, 2005.
101. MARCEL FERNANDES, J., *La Corte Penal Internacional*, Ed. Reus, Madrid, 2008.

102. MÁRQUEZ CARRASCO, C., Y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., "El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español: pasado, presente y futuro", AMDI, Vol. XI, 2011.
103. MARTÍN, V., "Justicia Universal: La nueva dimensión de la Justicia Transicional", FRIDE, febrero, 2010.
104. MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *National Sovereignty and International Organizations*, Ed. Kluwer Law International, La Haya, 1996.
105. MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *Nuevos retos del Derecho. Integración y desigualdades desde una perspectiva comparada Estados Unidos/Unión Europea*, Ed. Universidad de Málaga, Málaga, 2001.
106. MARTÍNEZ L. M., "Inmunidad e impunidad: el caso Pinochet desde la perspectiva de la competencia jurisdiccional española", en: DELGADO, I. (coordinador), *Impunidad y derecho a la memoria: de Pinochet a Timor*, Ed. Sequitur, Madrid, 2000.
107. McCULLOUGH, J., "The 1948 Geneva Convention on Genocide Lessons Learned from Rwanda", ISLR.
108. ODELLO, M., "La Corte Penal Internacional y las legislaciones nacionales: relación entre derecho internacional y derechos nacionales", RJSNE, 2004.
109. OLLÉ SESÉ, M., *Justicia universal para los crímenes internacionales*, Ed. La Ley, Madrid, 2008.
110. OLLÉ SESÉ, M., "El avance de la justicia universal", *El País*, 23 de mayo de 2009.

111. OLLÉ SESÉ, M., *Aportaciones para una evaluación del Plan de Derechos Humanos del Gobierno de España*, Ed. Asociación Pro Derechos Humanos de España, 2010.
112. OLLÉ SESÉ, M., "El principio de Justicia universal en España: del caso Pinochet a la situación actual", en: TAMARIT SUMALLA, J. (coordinador), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2010.
113. ORIHUELA CALATAYUD, E., *Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.
114. ORIHUELA CALATAYUD, E., "Justicia universal y derechos humanos", en: SOROETA LICERAS, J. (editor), *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Ed. Universidad del País Vasco, Vol. III, Bilbao, 2002.
115. ORIHUELA CALATAYUD, E., "Jurisdicción universal e inmigración: Derecho Internacional y derecho español", en: BADIA MARTÍ, A., PIGRAU SOLÉ, A., Y OLESTI RAYO, A. (coordinadores), *El Derecho internacional ante los retos de nuestro tiempo (Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia)*, Ed. Marcial Pons, Vol. I, Madrid, 2009.
116. PELLET, A., "Can a State commit a Crime? Definitely, yes!", *EJIL*, Vol. 10, nº 2, 1999.
117. PICTET, J., "The formation of International Humanitarian Law", *RICR*, nº 244, 1985.
118. PICTET, J., "Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional", *RICR*, 1998.
119. PIGRAU SOLÉ, A., "Elementos de Derecho Internacional Penal", *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997.

120. PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales*, Ed. Oficina de Promoció de la Pau i dels Drets Humans, Barcelona, 2009.
121. PONS RAFOLS, X., "Revisitando a Martens: las normas básicas de humanidad en la comisión de derechos humanos", en: VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., Y SALINAS DE FRÍAS, A., (coordinadores), *Soberanía del Estado y Derecho Internacional (homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo)*, Ed. Universidad de Sevilla, Vol. II, Sevilla, 2005.
122. POSNER, T., "Kadic v. Kradzic", AJIL, Vol. 90, nº 4, 1996,
123. PUEYO LOSA, J., "Derechos Humanos, crímenes de guerra y la globalización de la justicia", REDM, nº 83 (enero-junio), 2004.
124. PUTTLER, A., "Extraterritorial Application of Criminal Law: Jurisdiction to Prosecute Drug Traffic Conducted by Aliens Abroad", en: MEESSEN, K.M. (coordinador), *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice*, Ed. Kluwer Law International, 1996.
125. QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
126. RATNER, S., Y ABRAMS, J., *Accountability for Human Rights atrocities in International Law*, Ed. Oxford University Press, 2ª edición, Reino Unido, 2001.
127. REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R.M., Díez-Hochleitner, J., ORIHUELA CALATAYUD, E., Y PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., *Derecho Internacional*, Ed. Mc Graw Hill, Madrid, 2007.
128. REMIRO BROTONS A., *El caso Pinochet: los límites de la impunidad*, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 1999.

129. REMIRO BROTONS, A., "Los crímenes de Derecho Internacional y su persecución judicial", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Ed. Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, nº VII, 2001.
130. REMIRO BROTONS, A., "El Crimen de Agresión en el Estatuto de la CPI revisado: *Nascetur ridiculus mus*", *Libro homenaje al Profesor Manuel Pérez González* (la obra en cuestión se encuentra pendiente de publicación).
131. REMIRO BROTONS, A., "Terrorismo, mantenimiento de la paz y nuevo orden", *REDI*, Vol. 53, nº 1, 2001.
132. REMIRO BROTONS, A., "Crímenes internacionales, jueces estatales", *EPE*, nº 134 (marzo-abril), 2010.
133. REMIRO BROTONS, A., "Crímenes internacionales, jueces estatales: de la universalidad y otras soledades", en: SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. (coordinador), *Obra homenaje al Dr. Santiago Torres Bernárdez*, Ed. Universidad del País Vasco, Guipúzcoa, 2010.
134. REMIRO BROTONS, A., "Derecho y Política en la persecución de los crímenes internacionales en España", en: TAMARIT SUMALLA, J. (coordinador), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2010.
135. REY-SCHYRR, C., "Los Convenios de Ginebra de 1949: un progreso decisivo (Segunda parte)", *RICR*, nº 835, 1999.
136. RODRÍGUEZ YAGÜE, C., "Criterio de resolución de conflictos entre la Corte Penal Internacional y Tribunales *ad hoc* y la jurisdicción española: a vueltas con la justicia universal", *REEI*, nº 14, 2007.

137. ROMAN, B., "The Effect of a Domestic Amnesty on the Ability of Foreign States to Prosecute Alleged Perpetrators of Serious Human Rights Violations", CIJL, Vol. 33, nº 2, 2000.
138. ROTH, K., "The Case for Universal Jurisdiction", JFA, Vol. 80, nº 5 (septiembre/octubre), 2001.
139. ROUSSEAU, J. J., *El contrato social*, Ed. Torre de Goyanes, Madrid, 2001 (traducción, introducción y notas de Luis Blanco Vila).
140. SALINAS BURGOS, H., "El principio de jurisdicción universal: ¿Lex Lata o Lex Desiderata?", RCD, Vol. 34, nº 1, 2007.
141. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
142. SÁNCHEZ LEGIDO, A., "La práctica española en materia de jurisdicción universal"; artículo englobado en el proyecto de investigación titulado: *Derechos humanos, responsabilidad internacional y seguridad colectiva*, 2002.
143. SANTOS VARA, J., "La jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala", REEI, nº 11, 2006.
144. SANTOS VARA, J., "Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho Internacional Público", REEI, nº 11, 2005.
145. SANTOS VARA, J., "Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho Internacional Público", REEI, nº 13, 2007.
146. SANTOS VARA, J., "Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho Internacional Público en España", REEI, nº 17, 2009.
147. SANZ, G., "Peres agradece a Zapatero su esfuerzo para evitar el juicio a israelíes en España", ABC, 15 de octubre de 2009.

148. SCWARZENBERGER, G., *A Manual of International Law*, Ed. Stevens and Sons, 5ª edición, Londres, 1967.
149. SEAMAN, P. J., "International Bounty Hunting: A Question of State Responsibility", CWILJ, 1985.
150. SEPÚLVEDA, C., *Derecho Internacional Público*, Ed. Porrúa, 2ª edición, México, 1964.
151. SEPÚLVEDA RUIZ, L., *119 de nosotros*, Ed. Lom, Santiago de Chile, 2005.
152. SIMBEYE, Y., *Immunity and Internacional Criminal Law*, Ed. Ashgate Publishing, Reino Unido, 2004.
153. SIMON, J-M., "Jurisdicción Universal; La perspectiva del Derecho Internacional Público", REEI, nº4, 2002.
154. SORIANO GARCÍA, J. E., "Hacia un cambio en el derecho internacional", RO, nº 221 (octubre), 1999.
155. TORRES BOURSALT, L., "La sanción de los crímenes internacionales en los sistemas nacionales y los mecanismos de cooperación", en: CUERDA RIEZU, A., y JIMÉNEZ GARCÍA, F. (directores), *Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo, Crímenes internacionales y Derechos fundamentales*, Ed. Tecnos, Madrid, 2009.
156. TORRES PÉREZ, M., "Inmunidad de jurisdicción penal e impunidad: el fallo de la Corte Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002", RDUV, nº 1, 2002.
157. TORROJA MATEU, H., "La competencia de la jurisdicción canadiense en materia de crímenes de Derecho Internacional: el trayecto hacia un *refugio inseguro*", REEI, nº 11, 2006.

158. VANDERMEERSCH, D., "Bélgica", IRPL, Vol. 79 (primer y segundo trimestre), 2008.
159. VATTEL, E., *The Law of Nations or the principles of natural law*, Ed. Carnegie Institution, Vol. III, Washington, 1916 (traducción de Charles G. Fenwick).
160. VÁZQUEZ, C. M., "Aproximación al concepto de soberanía en el marco de las relaciones internacionales", REJES, Vol. I, 2003.
161. VICENTE MÁRQUEZ, L., Y MORENO PÉREZ, A., "Crímenes del franquismo: lo que hay que hacer para que no haya justicia", *Rebelión*, 23 de enero de 2010.
162. WOUTERS, J., Y VERHOEVEN, S., "The Prohibition of Genocide as a Norm of Ius Cogens and Its Implications for the Enforcement of the Law of Genocide", ICLR, nº 5, 2005.
163. YOLDI, J., "El Supremo eleva a 1.084 años de cárcel la condena al represor argentino Adolfo Scilingo", *El País*, 4 de julio de 2007.
164. YOLDI, J., "La justicia de los vencidos", *El País*, 8 de septiembre de 2008
165. ZAPATERO, P., "Acción judicial lateral en la lucha contra la impunidad", REDI, nº 1, 2008.
166. ZAPPALÀ, S., "Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case Before the French Cour of Cassation", EJIL, Vol. 12, nº 3, 2001.
167. ZÚÑIGA AÑAZCO, Y., "Análisis dogmático de los crímenes en el Derecho Internacional", RD, Vol. II, 2001.

Ponencias y discursos:

1. ANNAN, K.; "Parliamentarians must ensure that consensus of poor, vulnerable kept at forefront" (19 de marzo de 2002).
2. BUSH, G., "*President Says Saddam Hussein Must Leave Iraq Within 48 Hours*" (17 de marzo de 2003).
3. DE SCHUTTER, O., "Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations"; informe realizado para la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos en Bruselas (3 y 4 de noviembre de 2006).
4. GARCÉS, J.; discurso al recibir el premio de la fundación sueca *Right Livelihood Foundation* (9 de diciembre de 1999).
5. HINOJOSA, L. M., "La globalización y Soberanía de los Estados"; ponencia presentada en las primeras jornadas de diálogo euro-marroquí celebradas en la Universidad de Tánger (25 y 26 de noviembre de 2004).
6. KAUL, H-P., "Peace through justice? The International Criminal Court in The Hague"; discurso pronunciado durante las jornadas de *Forum Museum* (2 de noviembre de 2009).
7. OCAMPO GRANILLO, R.; discurso pronunciado en Roma con motivo de la creación de la CPI (17 de junio de 1998).
8. REMIRO BROTONS, A., intervención en: "*El caso Pinochet. Un debate sobre los límites de la impunidad*", Instituto Universitario José Ortega y Gasset, Madrid, 2000.
9. ROBINSON, M., "Foreword", *Princeton project on universal jurisdiction*; sesión de la AGNU (4 de diciembre de 2001).

10. SERVÍN RODRÍGUEZ, A., "La internacionalización de la responsabilidad penal del individuo frente a la impunidad: el principio *aut dedere aut iudicare* como suplemento de los ordenamientos jurídicos nacionales"; documento presentado en el Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados (30 de enero de 2004).
11. SIMON, J-M., "Justicia Universal y el Genocidio en Guatemala: Perspectivas Europeas"; trabajo preparado con ocasión del I Congreso Internacional sobre Derechos Humanos y el Principio de Justicia Universal celebrado en Madrid (1, 2 y 3 de marzo de 2001).
12. THIAM, D., "Seventh report on the draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind"; sesión número 41 de la CDI (1989).